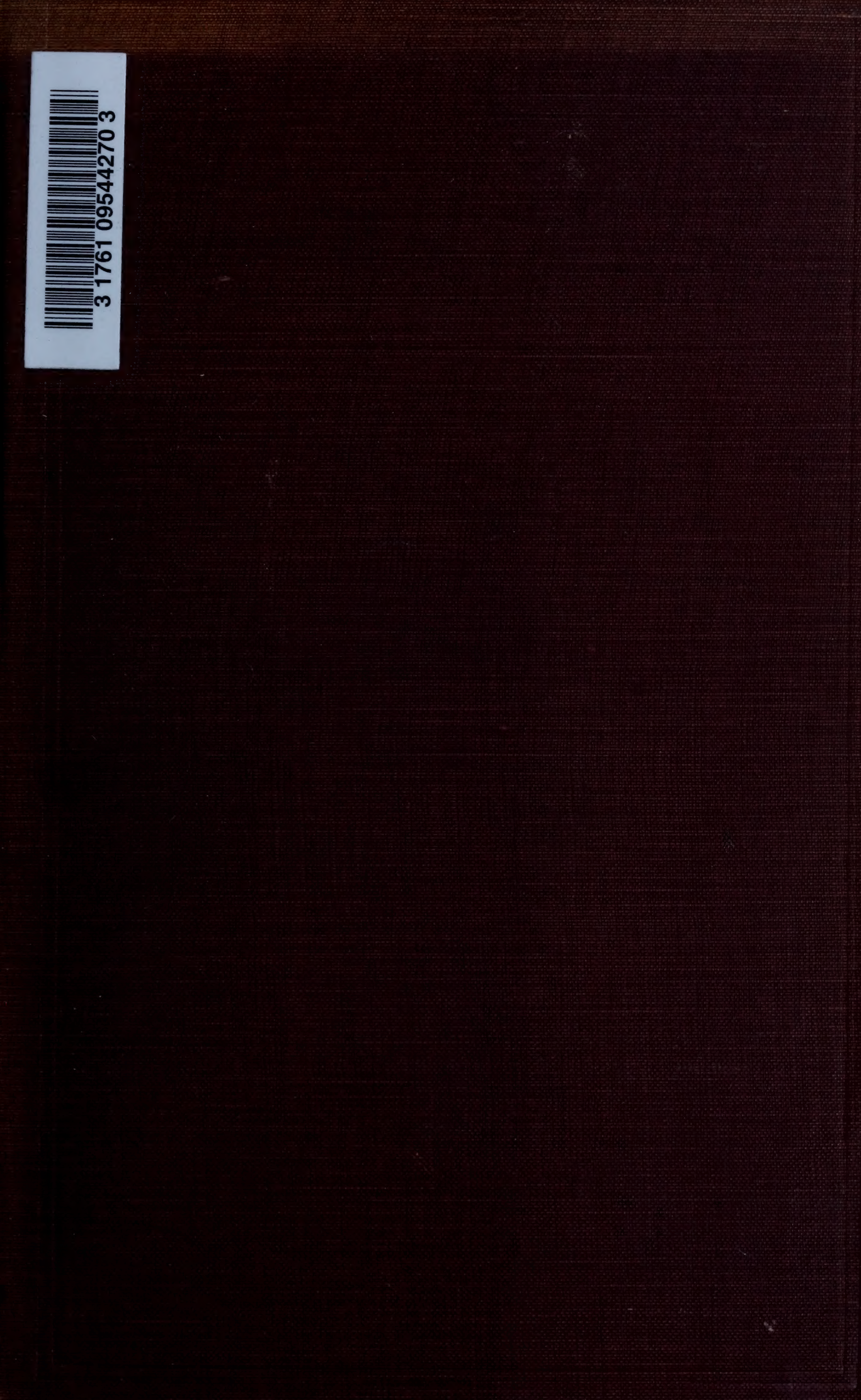

3 1761 09544270 3

L'ÉVOLUTION

D'UNE JURIDICTION INTERNATIONALE PERMANENTE

L'ÉVOLUTION

D'UNE JURIDICTION INTERNATIONALE PERMANENTE

ÉTUDE & DOCUMENTS

PAR

James BROWN SCOTT

Délégué technique des États-Unis à la Conférence de la Paix (1907)
Délégué technique
des États-Unis à la Conférence de la Paix (Paris 1919)
Président de l'Institut américain de Droit international

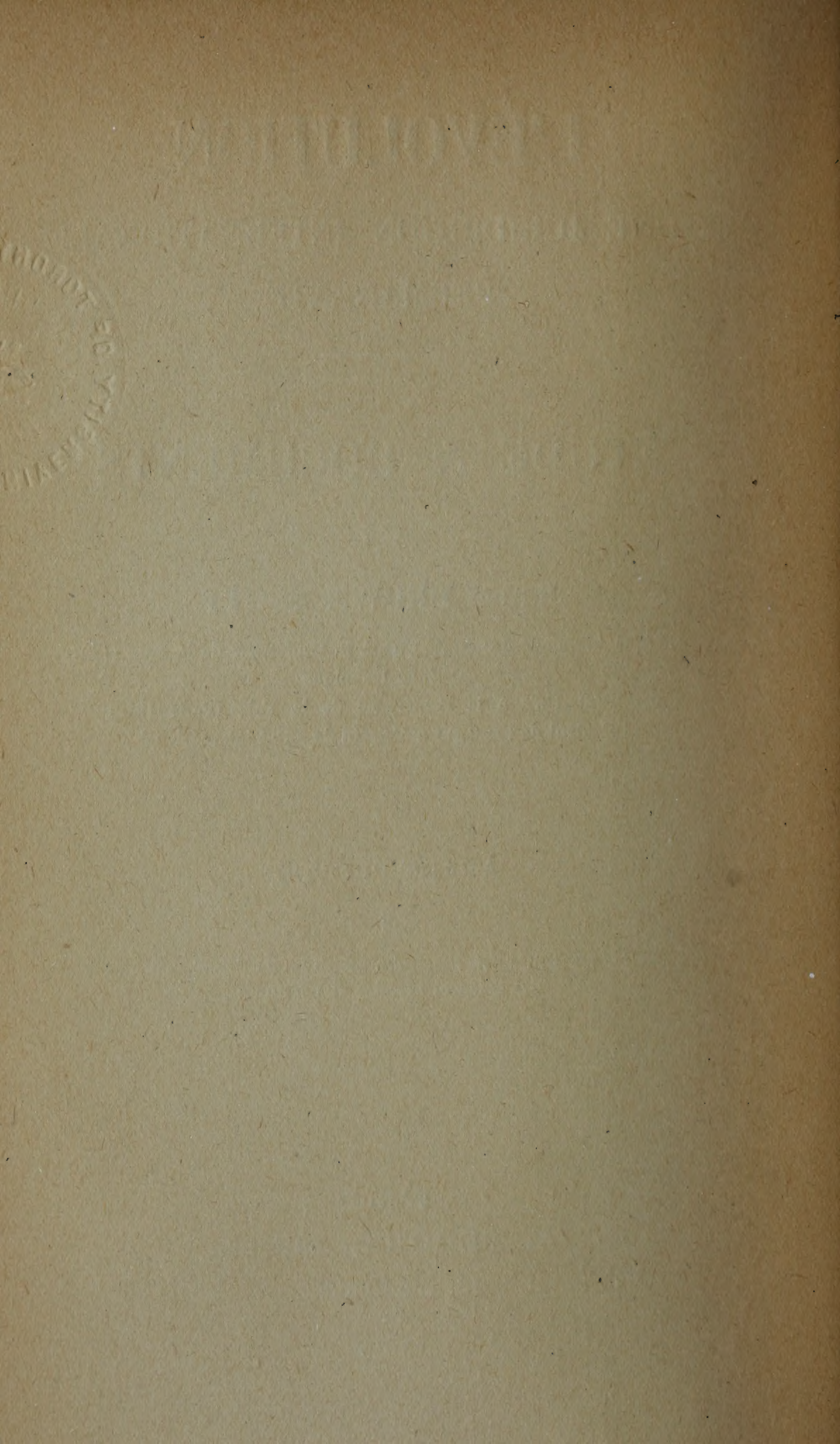
AVANT-PROPOS

DE

M. LYON-CAEN, Secrétaire perpétuel de l'Académie
des Sciences morales et politiques

PARIS
A. PEDONE, Éditeur
13, rue Soufflot

1919



A la mémoire de

LOUIS RENAULT

qui a laissé une trace ineffaçable dans l'enseignement, dans l'organisation juridique du monde et dans la science moderne du droit des gens.

PRÉFACE

Parmi les nobles esprits qui, dans l'ancien et dans le nouveau monde, cherchent à assurer le règne du droit dans les rapports entre les Etats, M. James Brown Scott occupe un des premiers rangs. Depuis plus de quinze ans, il consacre une grande partie de son temps et de ses efforts à faire progresser et, s'il est possible, triompher cette grande cause. Il est Secrétaire des *Trustees* de la fondation Carnegie pour la paix internationale *(Carnegie Endowment for International Peace)* et Directeur de la section de Droit international de cette fondation. Il a été un des délégués américains les plus actifs à la seconde Conférence de la paix de la Haye, en 1907 et il est, actuellement, délégué technique à la Conférence de la Paix de Paris. Malgré les lourdes occupations que lui donnent ou que lui ont données ces fonctions, remplies par lui avec le zèle, le dévouement et l'activité les plus remarquables, M. James Brown Scott est parvenu à publier, depuis peu d'années, un grand nombre d'ouvrages se rattachant aux efforts faits en vue de constituer un régime international fondé sur le droit et excluant l'emploi de la force. Ses ouvrages contiennent en grand nombre de précieux documents fort difficiles jusqu'ici à trouver; on y trouve souvent aussi des aperçus personnels du plus haut intérêt.

M. James Brown Scott estime, avec tous ceux qui poursuivent un but semblable, que le droit et la paix ne pourront régner entre les Etats, d'une façon durable que si l'on arrive à constituer une juridiction permanente chargée de statuer sur les contestations entre les Etats. Mais, jusqu'à

présent, les tentatives faites en ce sens n'ont pas réussi. Les Conférences de la Haye avaient conduit à la création de ce que les conventions conclues, en 1899 et en 1907, appellent une *Cour permanente d'arbitrage.* En réalité, cette Cour a toutes les qualités, excepté la permanence, car, chaque fois qu'une contestation s'élève entre des Etats et qu'ils recourent à l'arbitrage, il est nécessaire de constituer le tribunal chargé de statuer sur elle, en choisissant les personnes appelées à le composer. La Cour de la Haye, dite permanente, est simplement une liste de personnes désignées par les gouvernements des différents Etats et parmi lesquelles les gouvernements des Etats en litige sont appelés, s'ils ne préfèrent pas faire d'autres désignations, à choisir les arbitres chargés de juger une contestation.

Arrivera-t-on jamais à la création d'une véritable juridiction internationale permanente à laquelle les Etats seront obligés de soumettre leurs différends, en renonçant à recourir aux armes ? On peut l'espérer, bien que la guerre ait été jusqu'à présent le moyen ordinaire employé pour arriver à résoudre les différends internationaux. Cette espérance se fonde sur la loi du progrès, sur le fait que les guerres sont devenues moins fréquentes. Mais ce sont là des motifs d'espérer un peu vagues; ils ne se rattachent pas à des faits très précis.

Dans le présent ouvrage, M. James Brown Scott produit des raisons historiques très nettes de croire au succès définitif. Ces raisons sont fondées sur trois ordres de faits analogues, qui se fortifient mutuellement et semblent justifier la conclusion qu'en tire l'auteur. Il montre de la façon la plus intéressante qu'à Rome, pour les contestations entre les particuliers; aux Etats-Unis d'Amérique, pour les contestations entre les Etats de l'Union; en Suisse, pour les contestations entre les cantons, il s'en faut qu'on soit arrivé sans peine et du premier coup à la constitution de juridictions permanentes. A Rome, après que le droit

pour chacun de se faire justice à soi-même a cessé d'être reconnu, on a pratiqué le système du recours à des arbitres choisis en toute liberté par les parties, puis celui du jugement par des arbitres désignés sur une liste dressée d'avance dont les noms étaient inscrits sur *l'album judicum* avec lequel la Cour permanente d'arbitrage de la Haye a la plus frappante analogie. Aux Etats-Unis et en Suisse, le système de l'arbitrage a été appliqué avant que les Constitutions de ces Etats conférâssent à la Cour suprême ou au Tribunal fédéral compétence pour juger les différends entre les Etats de l'Union américaine ou entre les Cantons de la Confédération helvétique. Les juridictions permanentes dont il s'agit fonctionnent sans difficulté et leurs décisions sont respectées et exécutées régulièrement. Cela mérite d'autant plus d'être remarqué qu'aux Etats-Unis, il n'y a pour ces décisions aucun moyen d'exécution forcée. M. James Brown Scott a eu l'excellente idée de réunir dans un ouvrage récemment paru les 80 décisions de la Cour suprême de Washington, rendues en cette matière, de 1799 à 1918 et d'en faire une analyse critique dans un autre ouvrage.

Il est permis d'espérer que la même évolution se produira pour les différends entre les Etats. Pendant des siècles, la guerre était le seul moyen d'y mettre fin. Sans que malheureusement, ce moyen ait disparu, on a, depuis cinquante ans, eu recours, à maintes reprises, à l'arbitrage. Il faut que l'arbitrage international soit plus souvent pratiqué que par le passé. Puis, il reste un nouveau et difficile progrès à réaliser : la création d'une juridiction internationale permanente.

Ces rapprochements sont curieux et justes ; les motifs d'espérer fondés sur eux sont sérieux. Mais il ne faut, pourtant, pas se faire d'illusion. Jamais, suivant le proverbe, *une comparaison n'est raison*. Du reste, la constitution d'une juridiction permanente internationale est, d'après la nature des choses, un progrès bien plus difficile à réaliser que ne

l'a été la création de juridictions permanentes pour juger, à Rome, les contestations entre les individus; aux Etats-Unis et en Suisse, les différends entre les Etats de l'Union ou entre les cantons. Les individus sont soumis à l'Etat, les Etats de l'Union américaine et les cantons de la Suisse ont consenti à abandonner une partie de leur souveraineté en instituant un pouvoir fédéral ou central, investi d'attributions multiples et superposé aux Etats ou aux cantons. Il n'est pas à croire et il n'est même pas à souhaiter que les Etats créent un Etat supérieur, sorte de *Superétat*, au profit duquel il renonceraient, en partie, à leur droit de souveraineté. Il s'agirait seulement, en laissant aux Etats la plénitude de leur souveraineté de les faire renoncer au recours à la force, en s'en remettant à une juridiction permanente, organisée par eux, pour juger leurs différends.

L'ouvrage de M. Scott comprend deux parties de longueur très inégale. Dans la première (38 pages), l'auteur explique et développe admirablement les rapprochements qui servent de base à son espérance. Dans la seconde (p. 39 à 192), il reproduit des textes légaux, des extraits d'auteurs de divers pays qui établissent que le développement des institutions a bien été, à Rome, aux Etats-Unis et en Suisse, conforme à ce qui est exposé dans la première partie. Le choix de ces textes et de ces extraits a été fait avec le plus grand discernement et tous sont d'un réel intérêt.

M. James Brown Scott a eu l'excellente et pieuse pensée de dédier son ouvrage à Louis Renault. Il n'y a pas d'homme qui, depuis 40 ans, ait eu des rôles plus importants dans les efforts tentés pour établir le règne du droit dans le domaine international. Il a professé à Paris le Droit international avec un incomparable éclat, il a contribué à en formuler les règles dans les nombreuses conventions à la conclusion desquelles il a participé, il a appliqué les règles

du Droit international comme arbitre. Depuis la Convention de la Haye de 1899, il a été recouru 13 fois à l'arbitrage, et Louis Renault a été choisi dans six de ces affaires comme arbitre, tantôt par le Gouvernement français, tantôt par les gouvernements d'autres pays que la France. Il avait spécialement beaucoup travaillé à la conclusion de la Convention de la Haye relative à une cour internationale d'appel des prises maritimes, qui aurait été la première juridiction internationale permanente. Durant les années qui ont précédé la grande guerre de 1914, alors qu'on espérait arriver promptement à l'organisation de cette juridiction, beaucoup de personnes, spécialement des jurisconsultes, des publicistes, des hommes d'Etat de toutes les nationalités désignaient Louis Renault comme devant en être le Président. Comment M. Scott pouvait-il placer son intéressant ouvrage sous un patronage correspondant mieux aux espérances conçues par lui ?

28 février 1919.

Ch. Lyon-Caen.

Secrétaire perpétuel de l'Académie
des sciences morales et politiques,
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris.
Doyen honoraire.

TABLE

DOCUMENTS

(Extraits des ouvrages suivants :)

L'ÉVOLUTION

d'une juridiction internationale permanente[1]

En ses instructions à la délégation américaine à la seconde Conférence de la Haye, le Secrétaire d'État Root, attribuant la faiblesse du système actuel d'arbitrage à la prédominance dans sa mise en œuvre de l'esprit diplomatique sur l'esprit juridique, ajoutait que la création d'une véritable Cour Internationale permanente, composée de juges professionnels, qui agiraient avec le sentiment d'une distinction nette entre la justice et la diplomatie, augmenterait la confiance des nations dans l'arbitrage et rendrait plus fréquent l'usage de cette méthode de solution des litiges internationaux.

La déclaration du Secrétaire Root est si importante en elle-même, son raisonnement est si clair et si péremptoire, sa proposition d'établir une cour internationale de justice permanente si nette et si précise, enfin les détails en sont si simples et si évidents par eux-mêmes, qu'il me suffira de citer et commenter brièvement ce passage des instructions : « On ne peut douter que la principale objection à l'arbitrage repose non sur la répugnance des nations à soumettre leurs différends à un arbitrage impartial, mais sur l'appréhension que l'arbitrage auquel elles se soumettraient puisse n'être pas impartial. C'est devenu une pratique très généralisée chez les arbitres, de se comporter non point en juges tranchant les questions de fait et de droit à eux soumises, dans un esprit de responsabilité juridique, mais en négociateurs, cherchant la solution des problèmes à eux proposés, dans les traditions et les

(1) Reproduit, avec quelques additions, de l'*American Journal of International Law*, t. VI (1912), p. 316 et suiv.

usages, et soumis à toutes les considérations et influences qui impressionnent les agents diplomatiques. Les deux méthodes sont radicalement opposées, procèdent de façons différentes d'envisager les obligations professionnelles, et fréquemment conduisent à des résultats extrêmement divergents. Il arrive très souvent qu'une nation qui serait très disposée à abandonner ses différends à un règlement judiciaire impartial, ne consent pas à les soumettre à cette espèce de procès diplomatique. »

Il est tout naturel que la Cour Suprême soit le prototype du tribunal permanent que M. Root conçoit. Créée par les treize premiers États, elle a, dans les cent vingts ans de son existence, résolu des litiges d'ordre international entre les États de l'Union. Donc, « s'il pouvait y avoir, dit M. Root, un tribunal qui examinerait les questions litigieuses entre les nations avec le même esprit impartial et impersonnel que la Cour Suprême des États-Unis apporte aux questions qui surgissent entre citoyens des différents États, ou entre étrangers et citoyens des États-Unis, il n'y a aucun doute que les nations seraient beaucoup plus disposées à lui soumettre leurs controverses qu'elles ne le sont maintenant à courir les chances d'un arbitrage. »

Dans la suite de cet article, je chercherai à montrer comment la Cour Suprême elle-même est née d'une forme imparfaite, plus tard développée, d'arbitrage par commissions temporaires.

Puis M. Root donne comme instructions à la délégation américaine de proposer à la Conférence un tribunal permanent du même genre. « Vous devriez vous efforcer, dit-il, d'effectuer dans la deuxième Conférence le développement du tribunal permanent composé de juges qui fussent des fonctionnaires et rien d'autres, rétribués par un traitement adéquat, qui n'eussent aucune autre occupation, et consacrassent la totalité de leur temps à l'examen et au jugement des affaires internationales, selon la méthode judiciaire et dans un esprit de responsabilité juridique. » La délégation se conformant à ses instructions, non seulement obtint l'acceptation du principe de la permanence, mais aussi l'adoption d'un projet de convention réglant l'organisation, la juridiction et la procédure d'un tribunal nouveau qui serait la Cour de justice arbitrale.

Finalement, M. Root exprime dans une simple phrase, les fondations sur lesquelles la Cour internationale projetée devrait s'appuyer. « Ces juges, dit-il, devraient être choisis parmi les différentes nations, afin que les divers systèmes de droit et de procédure, ainsi que les principaux langages, fussent équitablement représentés. La Cour ainsi constituée aurait une dignité, emporterait une considération, occuperait un rang tels, que les meilleurs et les plus capables d'entre les juristes accepteraient d'y être nommés, et que le monde entier aurait dans ses jugements une absolue confiance. » Le premier article du projet de cour réalise les instructions de M. Root puisqu'elle doit « être composée de juges représentant les divers systèmes juridiques du monde ».

Il n'est pas de mon intention d'examiner la création de la Cour de justice arbitrale mais de montrer, avec quelque détail, non seulement la possibilité de réaliser la proposition de M. Root, mais encore la manière dont historiquement l'arbitrage s'est, consciemment ou inconsciemment, transformé en procédure judiciaire et la substitution par contrat de l'arbitrage d'une querelle ou dispute au règlement personnel. Car l'arbitrage est à mi-chemin entre le règlement par soi-même dont il arrête les excès, et la décision judiciaire dont le désintéressement et l'impartialité marquent les caractères essentiels. L'arbitrage, par conséquent, n'est pas une fin en lui-même ; c'est un moyen : il marque une étape de transition entre l'illégalité privée et la paix publique. Pour le déterminer, j'examinerai avec quelque détail le passage de la loi romaine de la période de règlement personnel à la période de l'arbitrage contractuel ; soit que les arbitres fussent seulement des juges choisis par les adversaires ou, comme dans la dernière période de la République, des personnes choisies sur une liste de juges et d'arbitres, jusqu'à la période de l'imposition du juge par l'État et son exécution du jugement comme acte d'État dans le Bas Empire. Je montrerai ensuite comment l'arbitrage entre les États par arbitres ou juges de leur propre choix arrêta le règlement personnel et comment, en 1899, la première Conférence de la Haye suivit inconsciemment le développement judiciaire romain en créant une liste permanente de juges parmi lesquels devaient être choisis les juges appelés à former le tribunal temporaire. Et je

montrerai, par un exemple concret pris dans l'histoire des États-Unis, comment le système du tribunal, temporaire, avec des juges du choix des parties, se transforma en la Cour Suprême des États-Unis qui fut, par agrément exprès des États représentés à la Constituante de 1789, investie de la juridiction pour examiner et décider des procès entre les États, avec ce résultat que la Cour Suprême assume les proportions et exerce les fonctions d'une cour internationale permanente, originairement pour treize, mais maintenant pour quarante-huit États, composée de juges agissant avec le sentiment de responsabilité judiciaire dans le règlement de disputes entre les États de l'Union américaine.

L'analogie entre le développement de la procédure judiciaire dans le système juridique qui est à la base du droit de la plupart des nations modernes et qui est largement entré pour lui donner sa forme, dans le droit des gens, et la croissance du système d'arbitrage entre les États formant la société des nations, indiquera, je le crois, le cours du développement judiciaire qui,. pour être inconscient, n'en est pas moins réel et, l'expérience américaine sous les articles de la Confédération, des commissions temporaires, montrera comment l'arbitrage public, tout comme l'arbitrage privé, glisse insensiblement ou inconsciemment à une institution judiciaire permanente ; de sorte que l'établissement d'une cour de justice internationale permanente est en si strict accord avec la suite du développement judiciaire qu'elle en paraît inévitable. En prédisant qu'une cour internationale est inévitable, je ne prétends pas affirmer qu'elle ressemblera, trait pour trait, aux institutions judiciaires nationales. Comme il s'agit de nations qui ne reconnaissent pas de supérieur, cette stipulation oblige la Cour à former un organisme contractuel, dont la création procède de l'accord des parties ; elle ne peut leur être imposée d'autorité par le statut d'une législature internationale inexistante ; l'exécution de ses jugements doit dépendre de la bonne foi des parties litigantes, non des efforts d'un officier ministériel ou d'un officier de paix revêtu d'un pouvoir de la Société des Nations. La bonne foi des parties, contrôlée par un esprit public éclairé, a suffi pour assurer l'acceptation des arrêts des commissions internationales et des tribunaux internationaux : il ne semble pas qu'il y ait

quelque motif de prévoir un cas qui ne s'est pas encore présenté.

Pour suivre la progression de la défense personnelle à l'arbitrage par contrat privé et de l'arbitrage à la procédure judiciaire, à la lumière du développement judiciaire romain j'invoquerai des autorités reconnues. Les faits, patents, n'ont besoin que d'analyse et d'interprétation. Ils suggèrent d'eux-mêmes l'analogie, analogie qui sera cependant indiquée chaque fois que l'occasion s'en présentera, entre le droit civil primitif et le droit international. Pour retracer les différentes étapes de la progression suivant laquelle l'arbitrage arrête le règlement personnel ou permet son emploi seulement lorsque la partie ne se soumet pas à l'arrêt, puis suivant laquelle l'arbitrage volontaire des parties se transforme en une procédure obligatoire par laquelle l'État coopère avec les contendants pour tracer le plan et nommer l'arbitre ou le juge choisi ou accepté par eux, je m'appuie sur les autorités suivantes : — 1. Matthiass, *Entwicklung des Roemischen Schiedsgerichts ;* — 2. Sir Henry Maine, *Ancient Law ;* — 3. von Jhering, *Geist des Roemischen Rechts ;* — 4. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains et Manuel élémentaire du droit romain ;* — 5. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains ;* — 6. Madvig, *Der Rœmische Staat ;* — 7. Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines ;* — 8. Moyle, *Imperatoris Justiniani Institutiones.*

Dans la brève introduction qui précède sa monographie sur le développement de l'arbitrage romain, le professeur Matthiass montre l'existence générale de l'arbitrage dans les périodes primitives des peuples Indo-Germains et la transition du redressement personnel par les parties à l'intervention de l'État. — Sir Henry Maine indique, en quelques phrases brèves mais lumineuses, que le système de la procédure romaine avait, tout entier, son origine dans la répression de la justice personnelle par la *legis actio per sacra* entre particuliers et l'empêchement du recours à la force par la substitution d'une gageure, quant au droit des parties à l'objet de la dispute. Cette conception, riche de conséquences, est confirmée par la procédure effectivement suivie aux derniers jours de la République, telle qu'elle résulte du compte-rendu de l'*actio per sacramentum* par Gaius dans ses Institutes.

Le professeur von Jhering montre, par une consciencieuse analyse des formes romaines d'action, que l'arbitrage par contrat privé était leur condition nécessaire et qu'elles ne peuvent être bien comprises qu'en distinguant l'esprit de la lettre dans la procédure de la période historique de la loi romaine.

Le Danois Madvig fait remarquer comment, par convention ou contrat, les personnes illettrées sont choisies comme juges sur une liste. Roby décrit sa composition. MM. Girard et Cuq retracent le cours du développement et des institutions et organisations donnant effet aussi bien aux nouvelles qu'aux anciennes conceptions du juge et de la procédure judiciaire. Finalement, M. Moyle, s'appuyant sur von Jhering et Maine, résume dans quelques paragraphes la transition de la période de règlement personnel, par l'intermédiaire de l'arbitrage, à un règlement judiciaire permanent et officiel.

Il est difficile de résister à la tentation de citer longuement le professeur Matthiass, mais il faudra nous contenter de quelques phrases isolées, renvoyant, pour le reste, à la traduction de l'introduction de sa monographie, qui suit cet article.

« La décision prise par arbitres est confirmée pour les temps les plus anciens ; c'était là une institution connue du peuple primitif indo-germanique, et sa grande ancienneté est compréhensible, si nous la considérons comme un symptôme d'une époque culturelle déterminée où se préparait le passage de la justice que l'on se rendait à soi-même à la justice d'État. »

Le savant auteur considère l'arbitrage comme ayant pris naissance à l'époque où la communauté reconnaissait le principe obligatoire des règles légales, appréciait la valeur de la vie humaine et de la propriété, déplorait le recours aux armes et empêchait d'en appeler à la force, au moins en première instance. Les parties en conflit recourraient à un tiers, possédant leur confiance, pour qu'il décidât qui avait tort ou raison. Le professeur Matthiass indique qu'un refus d'accepter la décision du tiers provoquait la désapprobation des hommes de suite des contestants, qui n'en étaient que plus disposés à aider le vainqueur à obtenir son droit. Il montre ensuite que le résultat moral de la transaction croissait

si l'arrêt était rendu par un personnage revêtu de l'autorité politique ou religieuse tel que le chef, le roi ou le prêtre de la communauté. La force physique cédait à un pari sur le droit des parties ennemies et, en preuve de bonne foi, chacune déposait entre les mains d'un tiers un gage, dont l'abandon au vainqueur était une compensation de sa prétention. La transaction est en vérité très simple, mais, dans le gage et sa confiscation, le professeur Matthiass voit l'origine et la plus vieille forme de l'arbitrage. L'arrêt ne décidait pas simplement que le vainqueur avait droit au gage, mais encore qu'il avait le droit moral de se faire justice.

L'emploi du gage comme sanction du bien ou mal fondé d'une contestation n'est pas seulement, d'après le professeur Matthiass, une coutume ou institution primitive du droit indo-germanique, mais des peuples du Nord aussi bien que des Grecs et des Romains. Comme l'indique le professeur Matthiass, les parties en conflit ne se contentaient pas de l'abstraite détermination des opinions opposées ; le vainqueur désirait un résultat concret, la possession de l'objet conformément à l'arrêt, soit par l'acte volontaire du perdant, soit par son acte personnel, car, aux yeux de la communauté, le vainqueur était lui-même appelé à imposer le droit reconnu par l'arrêt. Le développement ultérieur et l'établissement de l'arbitrage comme institution publique est ainsi décrit par le professeur Matthiass.

« Nous venons d'indiquer que les parties en discussion se sont tournées vers le représentant d'une autorité existant dans la communauté ou s'y développant, qu'elle soit ecclésiastique ou laïque, à titre de juge départiteur. Les avantages sont manifestes. Le juge arbitral possédait la connaissance du droit, l'impartialité ; sa sentence avait le poids nécessaire ; le juge arbitral disposait lui-même de moyens efficaces psychiques ou physiques pour que sa sentence fût exécutée de bon gré ou pour que cette exécution fût obtenue de force de la partie récalcitrante. Mais l'appel fait à ces autorités entraîna la nécessité de faire de l'arbitre un juge. Cette évolution s'accomplit d'autant plus sûrement que le juge arbitral était intéressé à accroître son autorité. Il fallait que ce développement conduisît peu à peu à une modification du mode originaire d'enjeu. La justice que l'on se rendait à soi-même fut alors écartée en principe du fait du développement du droit et de la justice d'État. L'ancien conflit d'opinion avait ainsi perdu son importance matérielle, bien que la forme de l'enjeu eût été conservée, et la nouvelle forme d'enjeu continuait à constituer une institution processive. La somme qui faisait l'enjeu

du différend (gage) changea également de fonction. Lorsque l'autorité à laquelle on en appelait garantissait l'exécution de sa sentence, le gage pouvait alors revêtir la fonction matérielle d'un équivalent incombant au juge arbitral. Certes, il ne serait pas contraire à la notion de l'enjeu que la somme constituant ledit enjeu incombât à un tiers. La satisfaction conférée à la partie gagnante pouvait, tout comme aujourd'hui, très bien consister en ce qu'elle bénéficiât à ce tiers. »

L'idée d'arrêter le règlement personnel par le recours à l'arbitrage est admirablement expliquée par sir Henry Maine, qui insuffle la vie dans ce qui apparaît comme le plus ancien des actes romains. Il déclare que les procédés devant le tribunal primitif étaient une imitation de l'acte d'hommes en dispute qui arrêtaient leurs querelles et soumettaient leur cas au passant et dit des magistrats qu'ils « simulaient l'attitude de l'arbitre privé appelé par hasard ». Le même éminent auteur déclare que la *legis actio per sacramentum* est l'acte juridique le plus ancien de Rome et que de celui-ci « on peut prouver que toutes les lois romaines suivantes ont pris naissance. »

Nous tournant maintenant vers Gaius, de l'autorité duquel sir Henry Maine se prévaut, pour sa théorie, nous trouvons que le jurisconsulte romain rend compte de cette forme d'action qui, générale aux premiers temps de la République, céda la place au procédé plus plastique du système formulaire grandi avec la coutume et reconnu par statut dans les cent ou cent cinquante dernières années de la République.

Gaius écrivant au deuxième siècle après Jésus-Christ, nous informa que le *sacramentum* était la forme générale lorsqu'aucun autre mode n'était indiqué par la loi et qu'il s'appliquait aussi bien aux actions réelles et morales. L'objet de la discussion était apporté par devant le tribunal si c'était éventuellement praticable et les litigants en réclamaient la propriété en présence du prætor ; si la propriété en question ne pouvait commodément être apportée et placée devant le prætor, une portion en était apportée au tribunal et les formalités se faisaient comme si c'eût été le tout. Si c'était un troupeau de moutons ou de chèvres, un seul mouton ou une seule chèvre ou une simple poignée de laine était apportée ; si c'était un navire ou une colonne, un fragment en était détaché et apporté ; si c'était de la terre, une motte ; si c'était une maison,

une tuile. Les parties et la chose, objet de la dispute, étaient ainsi devant le magistrat. Dans l'exemple de Gaius, la querelle était la possession d'un esclave que le plaignant tenait, disant :

« Je revendique cet homme, en tant que propriétaire, par acquisition légale, suivant le droit des Quirites. Ainsi que j'ai dit, voici! « Je le touche de ma lance », et sur ce, il posait sa baguette sur l'homme. L'adversaire prononçait alors les mêmes paroles et accomplissait les mêmes actes. Après que tous deux avaient revendiqué la propriété, le prêteur disait : « L'un et l'autre, lâchez prise », et tous deux lâchaient prise. Alors, le demandeur disait, s'adressant au défendeur : « Réponds-moi, veux-tu déclarer sur quel droit tu fondes ta prétention? » et il répondait : « J'ai parfait mon droit lorsque j'ai imposé ma baguette ». Alors le demandeur disait : « Puisque tu le revendiques au mépris de la loi, je te somme de parier cinq cents as sur le résultat d'un procès », à quoi l'autre répondait : « J'accepte le pari »... Le prêteur accordait ensuite à l'un des plaideurs la possession de l'objet pendant le procès et lui faisait prendre l'engagement, avec des garanties pour son adversaire, de restituer l'objet du litige et les bénéfices réalisés dans l'intervalle, ou la valeur de la possession provisoire, dans le cas de perte du procès. Les deux parties donnaient des gages au prêteur pour l'amende que le perdant devait verser. La baguette ou paille qu'ils maniaient représentait une lance, symbole de la propriété absolue, car le meilleur droit de propriété était considéré comme étant la conquête. »

Il serait présomptueux de vouloir ajouter une touche à la peinture qui est complète et représentative des coutumes et procédures primitives. La contestation armée, car les contestants étaient originellement armés, a cédé la place au règlement pacifique. La baguette posée sur l'objet est simplement une phase du procès. dont la signification originelle est perdue pour les parties. L'assertion de propriété et la promptitude du plaignant à appuyer son assertion par la force, la contre-assertion du défendant et son égale promptitude à maintenir son droit par la force, qui furent, au début, de graves réalités, sont devenues dans la suite du temps et de la civilisation de simples fictions, mais ce sont des fictions indiquant justice rendue par soi-même et ne peuvent être vraiment comprises que par la loi de justice personnelle.

Dans un passage remarquable de son *Esprit du droit romain*, le professeur von Jhering s'occupe de la détermination primitive d'un droit disputé, après avoir montré que se faire justice soi-même

était de plein droit lorsque le droit en question était formellement admis ou n'était pas mis en discussion. Le savant auteur indique que, tandis que quelques peuples en appelaient à la divinité ou au pouvoir suprême, les Romains adoptaient la méthode du règlement des différends de droit par agrément mutuel. Il regarde la reconnaissance de ce fait comme essentielle pour une correcte intelligence des institutions légales et de la procédure de la Rome républicaine et impériale. Ainsi,

« L'intéressé dont le droit était contesté par son adversaire, lui proposait de recourir à l'arbitrage d'un tiers impartial, ou bien il abandonnait la décision à sa propre conscience, c'est-à-dire il lui déférait le serment sur la non-existence de son droit. Si l'adversaire acceptait l'une ou l'autre de ces propositions, la suite était tout indiquée ; la décision qui résultait de l'arbitrage ou du serment, avait pour fondement le consentement réciproque, elle était par conséquent obligatoire pour les deux parties, elle faisait naître un droit incontestable, et par suite l'autorisation d'exercer la justice privée. Mais qu'arrivait-il si l'adversaire déclinait ces propositions? Par ce refus, il se condamnait lui-même, car pourquoi refuser s'il était convaincu de son droit? Il prouvait qu'il n'avait pas confiance en la justice de sa cause, et ce n'était pas lui faire une injustice, à lui qui mettait son adversaire dans l'impossibilité d'obtenir une décision, que de considérer son refus comme l'aveu indirect de son tort. La justice privée (peut-être même aussi la *legis actio per manus injectionem*) avait son libre cours contre lui. »

Von Jhering indique ensuite, en un seul paragraphe, la transition de l'arbitrage privé à l'arbitrage public :

« L'institution des arbitres et le serment extra judiciaire mettaient fin au système de la justice privée en accordant à l'ayant droit putatif la possibilité d'obtenir une décision sur la contestation, ou du moins d'acculer moralement son adversaire, et de le contraindre à avouer implicitement son tort, par son refus. Ces deux moyens étaient encore très populaires et d'un grand usage à Rome, dans les derniers temps ; tous deux se retrouvent avec une forme solennelle dans la procédure antique. Je ne vois dans le second que la consolidation, sous une forme réglée et fixe, de la décision contractuelle du litige par les parties, qui exista longtemps avant lui. Le serment extrajudiciaire devint serment judiciaire, l'arbitre devint juge public ; mais ils conservèrent l'un et l'autre leur caractère primitif.

Après avoir noté la différence entre l'ancien juge et le juge moderne désigné par l'État et qui ne déclare pas seulement le droit, mais applique la loi, von Jhering poursuit :

« De tout cela il n'est point question chez le juge romain ; ses fonctions sont celles de tout arbitre quelconque. Cette ressemblance étonnante a suggéré à un jurisconsulte romain cette observation : *compromissum* (le choix d'un arbitre) *ad similitudinem judiciorum redigitur*. On pourrait, pour l'époque la plus récente, voir dans l'office du juge l'original et dans l'institution des arbitres la copie, tandis que pour les temps antiques il faut entièrement renverser ce rapport. »

Von Jhering établit ensuite que, le magistrat étant originellement l'arbitre choisi des parties, il devient par la suite de son devoir de coopérer avec les parties non comme arbitre mais dans la sélection de l'arbitre qui, bien que appointé par le magistrat, était choisi par les parties et désigné à leur requête. C'est ici le nœud de la question, ce qui fait que la procédure entière des actions découle du contrat privé des parties adverses par substitution au recours personnel : le passage sera cité en entier :

« Il devait arriver souvent aux parties de demander une décision arbitrale à un magistrat distingué par ses connaissances juridiques ou par sa probité. L'acquiescement à leurs désirs fut tenu dans l'origine comme un point d'honneur, plus tard comme un devoir d'office.

« Surchargé de pareilles missions, le magistrat dut bientôt proposer aux parties, à sa place, une autre personne capable ou bien de rejeter une fois pour toutes certaines contestations. Le droit postérieur lui-même est avare d'actions, combien le droit antique ne devait-il l'être davantage ! La seule différence qui existât entre l'arbitre ordinaire et celui nommé par le juge ou ce dernier même (lorsqu'il jugeait lui-même), était qu'il fallait d'abord solliciter l'acceptation du premier, tandis que l'acceptation du second était certaine dans tous les cas où l'usage ou la loi avaient introduit son intervention ; pour le reste ils étaient égaux. L'arbitre puise son pouvoir dans le choix des parties, il est leur simple mandataire, ses fonctions se bornent à dire le droit ; la réalisation du droit est abandonnée aux parties elles-mêmes. De même le juge romain ancien ne tient son pouvoir que du mandat des parties. Cela résulte de la manière la plus évidente, de ce qu'un procès ne peut être entamé lorsque la partie adverse refuse son consentement. Une décision du magistrat ou du juge qu'il a nommé, n'a pour la partie adverse aucune force obligatoire, si elle ne s'y est soumise d'avance. La contestation qu'elle a avec son adversaire est chose d'intérêt purement privé ; comment le magistrat pourrait-il s'y immiscer sans une invitation des deux parties? C'est ainsi que lorsque le défendeur s'y oppose, aucun procès ne peut être introduit contre lui ; le demandeur doit alors se tirer d'affaire tout seul, et il le fait, comme nous l'avons vu plus haut en procédant à la *manus injectio*. Si le défendeur a décliné la proposition du demandeur de recourir à une décision judiciaire,

et s'il vient ensuite à changer d'avis, le demandeur n'est pas obligé d'y consentir ; la justice privée a son libre cours.

« Puisqu'un procès ne peut être entamé sans la volonté du défendeur, il est aisé de voir ce qui arrivera lorsque le défendeur consent à répondre à l'action. Tout le procès repose sur la convention des parties. Elles se mettent d'accord sur la personne du juge que le magistrat leur constituera, et elles se promettent mutuellement de se conformer à sa décision. La force décisive, qui appartient à la sentence du juge, ne repose donc point sur ce qu'elle émane d'un juge public, mais sur ce qu'elle lui a été d'avance attribuée par les parties. La convention des parties a le caractère d'une promesse conditionnelle : elles se promettent que le vainqueur aura ce que le juge lui adjugera. »

Von Jhering indique ensuite les conséquences de ces procédés : a vieille obligation est éteinte par le nouvel agrément conditionnel, La cause de l'action, même née d'un crime, a assumé la forme et les conséquences d'un contrat entre les parties. Le *litis contestatio* est, dans son opinion, un contrat conclu en présence du préteur et des témoins et quoique la nature contractuelle de cette forme de procédé soit contestable, elle est admise cependant comme ayant les conséquences d'un contrat et la force de la sentence judiciaire basée sur l'engagement des parties de se soumettre à la décision du juge a, d'après von Jehring, « dans le contrat entre les parties sa vraie cause. »

Sans m'arrêter davantage aux nombreux et intéressants détails qui ne sont que des degrés dans son argumentation et sa conclusion, je cite le paragraphe par lequel von Jhering termine son examen du sujet :

« Le juge du droit ancien n'impose rien au défendeur, il ne lui donne ucun ordre au nom de l'État ; il ne fait que donner aux parties le secours de ses connaissances juridiques. La langue a exactement exprimé le rapport qui existe entre l'action du juge et celle du demandeur. Le juge doit uniquement *dire le droit (dicere)*, de là son nom de *judex*, et il le fait en donnant son *avis (sententia)*. Le demandeur au contraire, est *celui qui agit (actor)* ; il *agit* en réalité, car il met la *main (manum injicere, conserere ; vindicare)*, selon la diversité des procès, sur des personnes ou sur des choses *(agere in personam, in rem)*. Le juge moderne, au contraire, décide ; c'est lui qui agit ; le demandeur n'agit point, il se plaint au juge, il lui *demande* son secours. Le demandeur romain n'a nul besoin de secours. Dans tous les cas où son droit est incontestable il n'a pas besoin de juge ; il procède sur le champ à la justice privée. L'office du juge ne fut introduit

à Rome que pour donner occasion aux parties de se faire montrer le droit, dans les cas douteux. Mais la sentence du juge ne produit aucun résultat que les parties n'auraient pu atteindre tout aussi bien par une autre voie, et le motif général de son action décisive n'est point dans le caractère public de l'office du juge, mais dans la volonté des parties. Le juge n'est qu'un arbitre *(arbiter)*, et il y a une infinité de cas où il est désigné sous ce nom. » (1).

Essayons maintenant de résumer les résultats et, en nous appuyant sur les autorités citées, d'arriver à des conclusions sur le développement de la procédure juridique pendant la période historique de la République romaine et de l'Empire. Du passage cité de sir Henry Maine, il résulte que le recours à l'arbitrage dont l'origine fut établie par le professeur Matthiass, est devenu coutumier, mais que l'État, en tant que représentant de la communauté, coopère à le produire. Les amis et les suivants des plaideurs peuvent être présents à l'énonciation de la cause et à l'appel du juge comme témoins des débats oraux, mais non comme serviteurs ou partisans épousant la cause des adversaires et aidant le vainqueur à se faire justice. Le préteur ne décide pas lui-même de la controverse bien que le magistrat puisse l'avoir fait à l'origine. L'idée primitive de la nature volontaire de la procédure existe cependant ; le préteur assiste ou coopère, il n'impose pas son autorité, n'oblige pas à un arrangement. Il fait acte d'arbitre ou décide à la requête d'une des parties. L'État n'appelle pas le défendeur, le demandeur l'amène et sa présence est essentielle pour l'énoncé de la cause et la désignation du juge arbitral et

(1) Et ce que Jhering a indiqué à grands traits, Wlassak l'a récemment exposé avec une documentation détaillée de première main, en montrant que dans la procédure formulaire de l'époque classique, la force de la décision reposait encore essentiellement sur l'autorisation donnée au juge par les parties, autorisation aux termes de laquelle il ne faisait que coopérer à la nomination du *judex privatus* et que la surveiller ; l'action décisive au point de vue juridique était toutefois déterminée par les parties (M. Wlassak, Præscriptio et procédure conditionnelle dans le Zeitschrift de la Fondation Savigny. Rom. Abt. Bd 33 p. 139, note I). D'après Wlassak ce sont les parties qui, en contestant la *Lis*, confèrent à Titus le pouvoir du juge par les paroles formulaires « Titius judex esto » (Op. cit., p. 157). Lenel voit aussi, comme Wlassak (Op. cit., p. 95) le fait ressortir, dans la litis contestatio (fixation du différend) un contrat que concluent entre eux le plaignant et le défendeur. Ce sont les parties qui, dans le formulaire de procédure, ne reçoivent aucun commandement (seulement des recommandations) de parler au juge privé, et, en dernier lieu, Wlassak condense son opinion en ces termes : « Mon but était et est de créer une base solide pour la thèse : la Procédure privée romaine à son origine dans le jugement arbitral. » (Handbuch des Voelkerrechts, du prof. Stier-Somlo, vol. III, fasc. 3, *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit*, par Lammasch (1914), p. 5.

l'exposé, qui lui est fait, du litige. Le juge est une personne privée, non un magistrat revêtu du pouvoir de l'État. Sa décision n'est pas un jugement au sens moderne du terme mais une opinion ou un arrêt *(sententia, pronunciato)*. Elle n'est pas imposée par l'État parce qu'elle est l'opinion ou la découverte d'une personne privée basée sur un arrangement contractuel des parties qui se sont accordées pour son octroi et ont promis de se soumettre à ses termes, que ce soit un acte privé de sa nature et ne dérive d'aucun caractère officiel ou d'affirmation du magistrat, la preuve en est que le tribun qui pouvait opposer son veto à l'acte du magistrat n'a jamais contrôlé le juge ou opposé son veto à son acte.

Le vainqueur, comme à l'époque primitive, est libre d'exécuter la sentence, ainsi que l'indique la disposition des douze Tables. C'est toutefois une exécution privée et la personne du défendeur défait, est saisie par le plaignant victorieux et soumise à sa volonté, au cas de non soumission à la décision du juge arbitre. Il n'est pas retenu dans une prison publique mais dans la maison du plaignant. Faute de l'exécution de l'arrêt, le plaignant, procédant à l'exécution personnelle, le vend au marché comme esclave, le met à mort ou le force à donner ce qui est dû par services personnels.

La nature primitive de ces manières d'agir est manifeste. Le plaignant oblige le défendeur à venir devant le magistrat où ils s'accordent sur la question, c'est-à-dire passent un contrat de soumission à un arbitre ou juge, et von Jhering maintient que la fameuse *litis contestatio* est un contrat, ou, si elle ne l'est pas absolument, a du moins des conséquences contractuelles. L'arbitre ou juge choisi par les parties, quoique désigné par le préteur, remplace le passant occasionnel, mais il est cependant une personne ayant la confiance des plaideurs et le verdict du juge empêche le droit de redressement du tort par voie de personnelle exécution.

Le système des actions de la loi, nous dit Gaius, tomba en désuétude en raison de sa nature formaliste et peu satisfaisante. La *lex Æbutia*, adoptée dans le dernier siècle ou le dernier siècle et demi de la République sanctionne la coutume plus nouvelle de ramener la cause à la formule écrite. Dans le système antérieur, tout était oral — et, ce faisant, les parties étaient libres de présenter

la cause de telle façon qu'elles pussent obtenir un arrêt sur la substance de la contestation, sans être embarrassé par sa forme. C'est le système de la dernière République et de l'Empire, et, quoique le détail soit modifié, la substance demeure encore. Le magistrat assiste les parties qui paraissent devant lui. L'arbitre ou juge est nommé par accord. Le juge est une personne privée et son verdict n'est pas l'acte de l'État. En même temps que cette façon de procéder, le préteur réserve certains cas ou certaines catégories de cas pour sa propre décision, donnant ouverture à ce qu'on appelle le procédé extraordinaire, où il agit en même temps comme magistrat et comme juge. Cette procédure, rapide et plus satisfaisante, remplaça graduellement la plus ancienne procédure ordinaire, dans laquelle les parties paraissent devant le magistrat et, avec sa coopération, choisissaient le juge individuel. L'empereur Dioclétien et ses successeurs immédiats abolirent la procédure ordinaire et imposèrent l'extraordinaire dans tous les cas.

Je passe maintenant à la question du choix du juge arbitral, Nous pouvons facilement admettre que dans les temps primitifs la liberté sans limitation de choix était de règle : le passant occasionnel, une tierce partie, ayant la confiance des adversaires. Comme l'indique le professeur Matthias, les chef, le roi ou le prêtre pouvaient être préférés, ou le magistrat, comme le mentionne von Jhering. L'usage passait en coutume, et la coutume, dans les temps primitifs, a force de loi, ou plutôt est la loi. Nous n'avons pas à nous inquiéter de détails de l'époque royale première de Rome ou de déterminer si le roi décidait et imposait le jugement, soit par usurpation ou coutume, ou si Servius Tullius restaura la liberté du choix de l'arbitre ou juge; on divisa les procédures en procédure *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat pour formuler la cause et choisir l'arbitre ou juge, et en procédure *in judicio*, c'est-à-dire devant la personne ainsi choisie. De l'époque des douze Tables au règne de Dioclétien, ce système de procédure, basé soit sur l'action de la loi, soit sur la formule, prévalut.

Le point important à noter est que la liberté de choix de l'arbitre ou juge, essentielle à l'arbitrage, exista pendant toute la période, quoique les parties fussent aidées ou restreintes pour le

choix du juge dans des cas particuliers. Ainsi, en vertu de la coutume, le juge était choisi dans le Sénat qui constituait ainsi une liste permanente ; les chevaliers étaient admis par la législation datant de l'époque des Grecs, et dans l'année 70 avant Jésus-Christ les classes dans lesquelles le juge individu pouvait être choisi furent spécifiées par la *lex Aurelia* qui forma la base des règles subséquentes. Les personnes possédant la qualification légale étaient mentionnées sur une liste dressée par le préteur et publiée dans l'*album Judicum*, dans lequel les parties avec la coopération du préteur, choisissaient le juge individuel pour les débats et la détermination du cas spécial.

Parmi les textes nombreux, empruntés à des Romanistes distingués, que l'on pourrait citer pour soutenir cette doctrine, quelques-uns doivent suffire. Ainsi, dans son *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, M. Girard écrit, au sujet de la période pendant laquelle l'histoire a remplacé la légende :

« La nomination est faite par le magistrat, mais en vertu d'un accord des parties, qui, quand il n'a pas lieu spontanément, est procuré, au moins au cas normal de nomination d'un juré unique, par un jeu d'offres du demandeur au défendeur continuées jusqu'à ce qu'un nom proposé par le premier soit accepté par le second : c'est le système de nomination en vigueur au moment où commencent les documents historiques et tout porte à croire qu'il a fonctionné dès le principe. »

La raison du choix d'un juge pour chaque procès, au moment où il était soulevé, par les parties en litige et la procédure pour laquelle le juge était choisi, lorsque les parties étaient d'accord, et lorsqu'elles ne l'étaient pas, ont été admirablement distinguées par M. Cuq, dans ses « *Institutions juridiques des Romains* », qui, décrivant la procédure d'une période ultérieure, dit sur les deux points :

« La distinction du magistrat et du juge a été maintenue : la division de la procédure en deux phases *in jure* et *in judicio* avait l'avantage d'accélérer la solution des litiges et de diminuer les dangers d'une justice partiale. En confiant la mission de juger à de simples particuliers, on atténuait les inconvénients résultant de l'omnipotence des magistrats.

« En principe, le juge est choisi par les plaideurs et nommé par le magistrat. Il doit être pris parmi les sénateurs. A défaut d'accord immédiat, on procédait peut-être comme à l'époque ultérieure : le demandeur

proposait un nom ; si le défendeur le récusait, on en proposait un autre, et ainsi de suite. Si le défendeur refusait systématiquement tous les juges proposés par le demandeur, il y avait sans doute un moyen de vaincre sa résistance, mais on ignore en quoi il consistait aux premiers siècles. Plus tard, on tira au sort le nom du juge sur une liste dressée à cet effet ; le nombre des récusations fut limité. La nomination du juge eut lieu d'abord à la fin de la procédure *in jure*. Une loi Pinaria décida que le juge ne serait institué qu'au bout de 30 jours. »

Voici encore ce que dit Madvig dans : *L'Etat romain, sa constitution et son administration :*

« Les juges étaient de simples particuliers, désignés en certain nombre pour remplir des fonctions judiciaires ; on ne tenait pas compte pour faire ce choix des capacités et des connaissances juridiques, mais bien de la position et de l'honorabilité de chacun. Aussi le préteur (le *praetor urbanus* ou le *praetor inter perigrinos)* était-il tenu de les prendre exclusivement sur une liste dressée à l'avance *(album)*. »

La composition de cet *Album judicum*, pour lui donner son nom technique, est indiquée avec plus ou moins de détails par les Romanistes dont je me suis permis d'invoquer l'autorité. Elle est donnée dans la forme la plus concise possible, compatible avec la clarté, par l'anglais Roby, qui dit :

« Les *Judices*, d'après Polybe (VI 17.) étaient choisis, dans la plupart des procès importants, sur la liste des Sénateurs, qui furent cependant privés de cette fonction par C. Gracchus. Il les remplace par des *equites* (lex Sempronia 122 av. J. C. : Vell. II. 6 ; Cic. *Verr.* I. 13. § 38). Dans le discours de Cicéron *pro Rosc. Com.* 14. § 42, il est fait mention d'un procès privé dans lequel un *eques* agit en qualité de *judex*, mais la date du procès est incertaine (voyez page 502). En 81 av. J. C., Sulla, en sa qualité de dictateur, rendit au Sénat son ancien statut (cf. Cic. *Verr.* III. 41 § 96. En 70 av. J. C. L. Aurelius Cotta dressa une liste distincte sur laquelle les *judices* devaient être choisis, composée de trois *decuriae*, une de *senatores*, une d'*equites* et une de *tribuni aerarii* (Ascon. *in Corn.* p. 78 ; Bait, *in Pison*, p. 16 ; Cic *Att.* I 16 § 4, etc.) qui paraissent avoir constitué une classe de prébéiens d'un certain rang, immédiatement inférieur, ou parfois égal à celui des *equites* (Cic. *Cat.* IV. 7. § 15 ; *Flac.* 2. § 4 avec *Schol.* Bob. *ad loc*, etc...). Il y a lieu de supposer qu'un nombre égal était pris dans chacune des trois classes. La liste *(Album judicum)* était révisée par les prêteurs probablement chaque année (Cic. Clu. 43 § 121). »

Le résultat final d'une lente et prudente évolution de plusieurs siècles est ainsi résumé par M. Girard, historien vigoureux et analyste subtil du droit romain :

« Ce sont là les grands traits de la procédure régulière seule applicable dans l'administration de la justice civile, confiée, à Rome, aux préteurs urbain et pérégrin ayant à côté d'eux les édiles curules, en province aux gouverneurs, ayant à côté d'eux les questeurs pour les fonctions des édiles dans les provinces du sénat, et aussi en Italie et en province aux magistrats municipaux. Mais cette procédure devient hors de cause lorsqu'on sort du domaine de la juridiction civile, lorsque soit ces fonctionnaires eux-mêmes, soit d'autres fonctionnaires interviennent en matière administrative. Alors on n'est plus en matière judiciaire, même quand les intérêts des particuliers sont en jeu, on est *extra ordinem privatorum*. . . . .

« Tout cela est une conséquence de l'idée qu'il n'y a pas là justice civile, mais acte de police, d'autorité administrative. Seulement il n'y avait qu'à mettre la justice administrative à la place de la justice civile, qu'à soumettre les litiges privés à la procédure administrative pour remplacer partout la procédure de l'*ordo* par la procédure *extra ordinem*. C'est ce qui a eu lieu. Mais la transformation ne s'est pas opérée par une décision d'en haut ni d'un seul coup. Elle a résulté d'une série de changements successifs, qui à la bonne époque restèrent assez restreints à Rome et en Italie, qui eurent probablement dès alors une bien plus grande étendue en province, mais qui sont arrivés à leur conclusion dès avant la fin du IIIe siècle. »

L'abolition de la distinction entre le magistrat et le juge, ou plutôt les instructions de Dioclétien au magistrat d'avoir à agir et décider comme juge, avec l'assistance de subordonnés officiels, changea le tableau temporaire des arbitres en magistrature permanente. Les adversaires étaient appelés au tribunal, les cas déterminés par les magistrats agissant comme tels, et dont les décisions étaient des actes de l'État imposés comme tels par des officiels revêtus du pouvoir impératif de l'État. L'édit de Dioclétien n'introduisit, en apparence au moins, aucun changement radical, car de même que le système des actions et la procédure formulaire existaient côte à côte, le magistrat, depuis des générations, se réservait et décidait comme magistrat certains cas sans renvoi à des juges privés. La procédure extraordinaire sans juge privé fut prescrite par Dioclétien et ses successeurs, comme, dans les cent dernières années de la République, la décision formulaire fut reconnue par la *lex Æbutia* et rendue exclusive, avec quelques exceptions par deux *leges Juliæ*, édictées à l'époque d'Auguste.

Si l'on néglige les détails, le progrès du développement est simple : la justice personnelle fait place à l'arbitrage privé ; l'arbitrage par contrat est reconnu par l'État, et, dans son application, le magistrat y assiste, mais n'impose pas son autorité. La liberté illimitée du choix de l'arbitre ou juge fait place au choix d'après une liste permanente ou tableau, laquelle méthode à son tour céda à une organisation judiciaire permanente, composée de magistrats et de leurs assistants officiels. Le forum des parties était devenu tribunal de l'État et le développement de l'arbitrage par contrat fut ignoré des prudents de l'Empire (Pomponius par exemple) tout comme il est ignoré de nous : ils commirent le curieux anachronisme de déduire l'arbitrage privé de la procédure judiciaire, au lieu de déduire, comme l'imposait l'histoire, la procédure judiciaire de l'arbitrage par consentement des parties.

Pour indiquer la continuation de la progression ici esquissée par la progression nécessaire de l'arbitrage en procédure juridique, je cite un passage singulièrement lumineux de l'édition des Institutes de Justinien du docteur Moyle, passage en complet accord avec les vues précitées de Maine et de von Jhering sur lesquelles il se base :

« Les premiers juges dérivaient leur autorité, telle qu'elle se comportait, non de l'État, mais de la soumission volontaire des parties ; et sir Henry Maine a montré par un examen des premiers procès civils que le magistrat, même commis par l'État pour l'administration de la justice, conservait la mémoire de la source historique actuelle de sa fonction, en « simulant soigneusement l'attitude d'un arbitre privé, occasionnellement appelé. » Les jurisconsultes romains plus récents, quoique frappés par la similitude entre une action ordinaire et un recours à l'arbitrage, commirent le curieux anachronisme de déduire cette dernière de la première « *compromissum* (ainsi dit l'un d'eux) *ad similitudinem judiciorum redigitur* », mais le fait est que l'action procéda de l'arbitrage et que le juge n'était à l'origine qu'un arbitre non officiel : fait dont les traces s'observent dans toute l'histoire légale de Rome. Ainsi aucune action ne pouvait être intentée valablement, encore moins soumise au juge, avant que le Tribunal n'eût les deux parties devant lui ; car l'arbitrage ne peut exister que par consentement, non par un acte unilatéral de l'un des deux sans l'autre. Le souvenir du mode par lequel le juge primitif obtenait sa juridiction, nous est rappelé plus encore par la vitalité de cette règle qu'aucun juge ne pouvait être imposé à une partie dont la science et l'intégrité n'étaient pas satisfaisantes. « *Neminem*, dit Cicéron, *voluerunt maiores nostri non*

modo de existimatione cuisquam sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem nisi qui inter adversarios convenisset. » De là aussi l'autorité, à notre sens, limitée du judex romain ; il n'a pas d'imperium ; il ne peut contraindre les parties à aucun acte ; il est simplement un arbitre qu'ils ont choisi et au choix duquel le magistrat a coopéré; tout ce qu'il a à faire, c'est de décider les questions qui lui sont soumises, pour autant que les parties veulent bien le lui permettre ; il doit leur laisser l'exécution du droit qu'il a reconnu. Le point même qu'il a actuellement à régler est d'abord soigneusement laissé à l'écart et caché derrière un pari ; la décision n'est pas un ordre ni une injonction, mais une expression d'opinion, *sententia*, *pronuntiatio*.

« En Angleterre, nous savons par des rapports actuels avec quelle rapidité les débats par jury dans les causes civiles, quoique par option seulement la plupart du temps, remplacèrent les méthodes plus barbares de comparution, d'obligation et de duel judiciaire, et que ce fut largement dû au sentiment de la plus grande justice et de la plus haute raison du nouveau système. Nous pouvons à peine ajouter que, par les mêmes principes, la pratique de l'arbitrage gagna journellement la faveur des Romains. Lorsque l'autorité politique a enfin acquis une ferme assise, le magistrat est graduellement préféré par les adversaires à un citoyen arbitre, peut-être par conviction de sa plus grande sagesse et impartialité s'il est un roi, peut-être aussi parce que son essence divine est supposée lui conférer un sens du juste et une sorte de science au-dessus de celle de ses compagnons humains. Finalement la fonction judiciaire est reconnue comme appartenant à l'État, quoique les remèdes primitifs puissent jusqu'à un certain point survivre dans toute leur rudesse, et quoique l'administration de la justice par l'État puisse encore davantage porter les traces de la condition sociale qui précéda l'organisation politique. Cependant le mode naturel de décider un différend est d'aller au magistrat et les règles de la procédure civile commencent à prendre de la consistance. Des tribunaux sont établis, leur mode d'action prescrit par la loi ; tout essai d'éluder leur autorité en recourant à d'autres manières d'obtenir satisfaction, sauf en certains cas bien définis, est considéré comme une défiance de la loi et une rupture de paix. »

L'analogie entre le développement de l'arbitrage dans le droit civil de Rome, dont le point culminant fut une justice permanente, et l'origine et le progrès de l'arbitrage par entente entre les nations, est si manifeste qu'il n'y a qu'à la mentionner sans arguments compliqués. Nous savons comment l'arbitrage entre nations fut conçu comme une substitution à la justice personnelle et nous n'avons pas besoin de remonter plus haut que l'histoire et de reconstruire une condition primitive de l'humanité par la collation

de textes comme dans le cas de l'arbitrage privé. Nous sommes malheureusement familiarisés avec ceci, que se faire justice à soi-même est la méthode par laquelle les nations maintiennent leurs droits ou vengent leurs affronts, exactement comme les individus dans les communautés primitives recouraient à la force pour venger leurs affronts réels ou supposés. Mais quand se réveilla lentement, dans la communauté, la conscience que se rendre justice aveuglément perpétuait le tort que l'on avait la prétention de venger et troublait tous les membres de la communauté, l'arbitrage par consentement des parties fait son apparition, devient un usage, se cristallise en coutume, de telle sorte qu'un refus d'arbitrage est regardé non seulement comme l'aveu d'une mauvaise cause, mais comme une rupture de la paix. La communauté reconnaît l'arbitrage, coopère à l'amener, si elle n'effectue pas le règlement jusqu'à ce que l'arrangement éventuel et volontaire par consentement privé devienne une institution publique. De cette manière, le respect des lois essentielles, des frontières, et des avantages déduits de leur application par tous les membres de la communauté suggère la possibilité d'employer l'arbitrage entre les nations pour le règlement de leurs litiges à condition, qu'il y ait semblable respect de la justice arbitrale en pays étranger. L'arbitrage entre les nations exige, non seulement le respect de la loi, mais la confiance que l'arrêt, rendu par des juges du choix des parties, recevra force et effet. Nous trouvons, en conséquence, que les cas authentiques d'arbitrage ne se trouvent dans l'ancien monde que dans les États grecs. Car, quoique ces États aient pu différer entre eux, ils formaient au regard du monde extérieur une communauté composite, reconnaissant une origine commune avec des traditions communes, des usages communs, une langue commune, et quoiqu'en un moindre et changeant degré, des idéals communs. Il n'est donc pas surprenant qu'ils aient recouru à l'arbitrage, dont il n'y a pas eu simplement des applications de fait, mais des généralisations, en vertu des traités par lesquels les Etats s'engageaient expressément à arbitrer les litiges, non seulement nés, mais à venir. Le recours était cependant volontaire et par entente spéciale : des exemples historiques montrent que les arbitres étaient des villes, des États, des magistrats ou des étrangers choisis, possédant la confiance des parties. Il ne

paraît cependant pas qu'on puisse citer des cas d'arbitrage entre les États grecs et les pays de civilisation étrangère, parce que l'étranger, c'est-à-dire le non Grec, était regardé comme un simple barbare. C'est seulement la communauté grecque qui possédait la confiance en un commun respect de la justice qui est la condition même de l'arbitrage.

Au moyen âge, où l'on trouve les États d'Occident unis par le lien commun du christianisme, il y a de nombreux exemples d'arbitrages entre eux quoiqu'ils ne fussent pas unis par les liens de la commune origine et de la commune civilisation. Mais là où le lien de la religion manquait, comme entre le chrétien et l'infidèle, il ne pouvait y avoir d'arbitrage. Et ainsi, dans les temps plus modernes, nous trouvons que les États formant la Société des Nations constituent un cercle fermé dans lequel et entre les membres duquel on recourt à l'arbitrage. La procédure, cependant, est volontaire et la soumission contractuelle des différends empêche de se rendre justice soi-même. Les juges sont des juges du choix des parties, roi, prêtre, magistrat, homme de science, ou personnes soigneusement choisies qui possèdent la confiance des parties en litige.

En 1899, la première Conférence de la Haye reconnut solennellement l'arbitrage international comme le modèle le plus équitable du règlement des litiges que la diplomatie n'avait pu résoudre. Inconsciemment peut-être, mais effectivement cependant, elle suivit le précédent romain en créant un tableau, une liste, de juges parmi lesquels pouvait, en chaque cas, se choisir le tribunal temporaire. Ainsi l'article 23 de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, que feu M. Holls appelait justement la *Magna Charta* du droit international, indique que :

« Chaque Puissance signataire désignera, dans les trois mois qui suivront la ratification par elle du présent acte, quatre personnes au plus, d'une compétence reconnue dans les questions de droit international, jouissant de la plus haute considération morale et disposées à accepter les fonctions d'arbitre.

« Les personnes ainsi désignées seront inscrites, au titre de membre de la Cour, sur une liste qui sera notifiée à toutes les Puissances signataires par les soins du Bureau.

« Toute modification à la liste des arbitres est portée, par les soins du Bureau, à la connaissance des Puissances signataires. . . . .

« Les membres de la Cour sont nommés pour un terme de six ans. Leur mandat peut être renouvelé. »

Et l'article 24 décide que « lorsque les Puissances signataires veulent s'adresser à la Cour permanente pour le règlement d'un différend survenu entre elles, le choix des arbitres appelés à former le Tribunal compétent pour statuer sur ce différend, doit être fait dans la liste générale des membres de la Cour. » Les nations représentées à la première Conférence de la Haye reconnurent ainsi que le recours à l'arbitrage serait matériellement aidé par l'existence d'une liste de juges prêts à assumer de bonne volonté les devoirs d'arbitres et l'*album judicum* des nations fut formé. En même temps, un code de procédure, bon et détaillé, fut élaboré pour guider les adversaires possibles et inconsciemment, semble-t-il, un grand pas fut fait vers une judicature permanente, car il est à croire que, de même que l'arbitrage par contrat privé avec des juges choisis sur un tableau permanent se transforma en juridiction nationale, l'arbitrage international, par entente des parties, par des juges pris sur un tableau ou liste permanente de traces formera la judicature internationale. De là, les instructions du secrétaire Root à la délégation américaine de la seconde Conférence de la Haye, pour la proposition d'une cour permanente composée de juges professionnels permanents ; de là le projet de convention en trente-cinq articles approuvés par la Conférence, définissant la juridiction, la composition et la procédure d'un pareil tribunal, Un mode de choix des juges acceptable par tous les États représentés à la Conférence ne fut pas trouvé, mais le projet fut accepté et le mode de choisir les juges renvoyé à de subséquentes négociations diplomatiques entre les nations,

Le tribunal temporaire avec des juges choisis par les parties, formé pour le jugement d'un cas particulier, n'est pas satisfaisant : en premier lieu, il nécessite des négociations pour le constituer et la diplomatie est d'une lenteur proverbiale. De plus, seules les parties paraissant devant le tribunal sont liées par son arrêt, parce que seules elles l'ont constitué et que c'est un accord privé, non pas un accord international, même si le principe de droit

qui y est impliqué est d'universelle importance. Ce n'est pas le jugement d'une cour internationale à la juridiction de laquelle toutes les nations seraient soumises, et dont les décisions lieraient les nations tout comme le jugement de la Cour suprême lie les États de l'Union américaine et leurs citoyens. De plus, un tribunal temporaire cesse d'exister avec la fin du procès. Il n'est pas lié par les décisions de son devancier parce que, au sens strict du mot, il n'y a pas de prédécesseur, et sa décision ne lie pas non plus son successeur parce qu'un nouveau tribunal est un corps absolument indépendant. Le manque de continuité de décisions surgit des défauts du système et nous ne pouvons espérer le développement du droit international par un ensemble de décisions judiciaires comme le *common law* d'Angleterre s'est développé, que si la Cour de la Haye devient vraiment permanente et ne reconnaît la force persuasive des décisions antérieures. Finalement, la méthode est coûteuse, quoique ce soit de minime importance dans le développement d'un système de droit. Que le tribunal international temporaire, même choisi sur un tableau permanent des juges, soit peu satisfaisant et se résolve naturellement et logiquement, quoiqu'inconsciemment, en justice permanente, c'est un fait que le développement qui s'est effectué aux États-Unis met en pleine lumière.

L'expérience des États-Unis est décisive aussi bien en matière de prises qu'en matière d'arbitrage de questions litigieuses entre États.

Comme dans la Société des Nations, de même dans l'union assez peu étroite des États américains, maintenus dans cet état d'union par la pression de l'étranger, dans la guerre pour l'indépendance de leur mère-patrie, la nécessité d'un tribunal se fit tout d'abord sentir en vue de déterminer les attributions de propriétés des prises en mer, et de prévenir en cela des litiges entre les citoyens des divers États, et entre les États eux-mêmes. En fait, alors que les colonies étaient encore des provinces, et avant la déclaration de l'Indépendance, le 4 juillet 1776, Washington, qui commandait alors les troupes levées en toute hâte assiégeant Boston, prévit la sagesse et la nécessité d'un tribunal fédéral « avec une juridiction s'étendant aux limites de ce qui constituait

alors les colonies et provinces de la Grande-Bretagne dans l'Amérique du Nord » (1).

Dans une lettre au Président du Congrès, datée du 11 novembre 1775, transmettant la copie d'une loi de Massachussets relative à la création d'une Cour des prises pour décider des prises de corsaires et de vaisseaux publics de cette province, Washington demanda s'il n'y aurait pas lieu de « créer un Tribunal, par autorité du Congrès, destiné à juger des prises effectuées par les vaisseaux continentaux ». Et il ajoutait : « Quel que soit le mode qu'il lui plaise d'adopter, il y a une nécessité absolue à ce qu'il soit l'objet d'une décision rapide ».

Après deux semaines, le 25 novembre 1775, le Congrès prit des décisions conformes à la lettre du général Washington, recommandant aux diverses colonies, (car elles n'étaient pas encore des États), de créer des Cours de prises en disposant en même temps « qu'il sera toujours permis d'interjeter appel devant le Congrès, ou devant telle ou telles personnes qu'il désignera pour les procès d'appels, à la condition que l'appel soit exigé dans les cinq jours qui suivront le jugement définitif, et que cet appel soit signifié au Secrétaire du Congrès, dans les 40 jours qui suivront, et à la condition que l'appelant fournisse la garantie de poursuivre l'appel jusqu'à son plein effet, et dans le cas de décès du secrétaire pendant la prorogation du Congrès, ledit appel sera signifié au Congrès dans les vingt jours qui suivront sa réunion. »

En apprenant cette mesure, Washington écrivit de nouveau, le 14 décembre 1775, au Président du Congrès : « Les décisions relatives aux captures effectuées par des vaisseaux continentaux n'ont plus besoin que de l'établissement d'un tribunal de jugement pour devenir complètes. J'espère que cela sera fait prochainement, ainsi que j'ai pris la liberté de le demander souvent avec insistance au Congrès. »

Les Colonies et les États se conformèrent à la recommandation du Congrès d'après laquelle des Cours de prises devaient être organisées dans les domaines respectifs de leurs juridictions et

(1) J. C. Bancroft-Davis, Federal Courts prior to the Adoption of the Constitution (131 U. S. Reports, Appendix XIX, 1889).

c'est ainsi qu'il devint possible d'avoir treize décisions différentes ou incompatibles dans des questions où l'uniformité était nécessaire et l'on espéra pouvoir arriver à celle-ci par un appel au Congrès. En premier lieu, l'appel était porté devant le Congrès en tant que corps constitué, puis devant un Comité spécial avec membres changeants, et finalement devant un Tribunal qui devait être désigné par le Congrès, sous le nom et le titre de Cour d'Appel dans les procès de capture. Le Congrès fut autorisé à agir ainsi par le neuvième des Articles de confédération adoptés par le Congrès le 15 novembre 1777, mais qui devaient prendre effet seulement après ratification par tous les États, la dernière ratification s'étant produite le 1er mars 1781. Avant cette époque, cependant, la nécessité de la Cour était devenue si évidente, et la ratification des articles si probable, que le 24 mai 1780, le Congrès organisa une Cour composée de trois juges, attribuant à sa compétence « toutes les questions concernant les appels dans les procès de capture actuellement pendants devant le Congrès ou les commissaires des appels », et déposant au Greffe de la Cour « tous documents concernant les appels dans des procès de capture remis à l'office du Secrétaire du Congrès ».

Cette mesure de la part du Congrès, due incontestablement à sa préférence d'un règlement judiciaire, doit néanmoins être attribuée à la situation générale dans laquelle se trouvaient alors les États sans autorité centrale générale et à un état de choses embarrassant provoqué par la capture et la vente du sloop *Active*, ainsi qu'il apparaît d'après le procès-verbal des débats relatifs à cette célèbre affaire.

« En septembre 1778, Gideon Olmstead, de Connecticut, et trois associés furent capturés par les Britanniques et transportés à la Jamaïque, où ils furent embarqués sur le sloop *Active*, à destination de New-York, avec une cargaison d'approvisionnements, et furent contraints d'aider à la navigation du bateau. Ils attaquèrent le capitaine de l'équipage, s'emparèrent du sloop et se dirigèrent sur Little Egg Harbour. Quand ils furent en vue de la côte, ils furent pris de force par le brick armé *Convention* qui appartenait à la Pensylvanie et furent amenés à Philadelphie où l'*Active* fut classé dans la catégorie des prises. Une demande

fut aussi présentée par le capitaine d'un corsaire qui croisait aux côtés du brick *Convention*. Le procès se déroula à la *State Admiralty Court* devant le juge Ross et un jury, conformément à une loi qui disposait que la décision du jury relative aux faits de la cause devait être finale, sans nouvel examen ou appel. Il ne fut accordé aux nationaux de Connecticut qu'un quart de la prise, le reste étant divisé entre l'État de Pensylvanie et les officiers et l'équipage du *Convention* et du corsaire. Appel fut interjeté devant le Congrès et renvoyé à la Commission permanente des Appels et après de longs et minutieux débats, la décision de la *State Court* fut infirmée. Le juge Ross refusa d'admettre l'autorité du Congrès, prétendant que le verdict était définitif, et en dépit d'une signification ayant le caractère d'une injonction, par le Comité du Congrès, ordonna que le sloop et la cargaison fussent vendus et que les fonds fussent remis au Tribunal. Sur ce, le Comité déclara qu'il ne consentait pas à recourir à une procédure sommaire quelconque, craignant qu'il ne s'ensuivît des conséquences dangereuses pour la paix des États-Unis, mais refusa nettement d'instruire tous autres appels, jusqu'à ce que son autorité, en tant que tribunal de dernier ressort, fût réglée de telle manière qu'elle donnât plein effet à ses décisions. La question fut évoquée par le Congrès et une déclaration énergique fut enregistrée au procès-verbal de la séance, dans le but d'affirmer son autorité basée sur le principe que le contrôle, sous forme d'appel, était nécessaire pour assurer une exécution juste et uniforme du droit des gens et qu'il serait absurde de confier la solution de telles questions aux verdicts accidentels des jurys des *State Courts*. Des conférences eurent lieu entre le Comité du Congrès et le Comité législatif, mais avec peu de résultats, et dans la mesure où il s'agissait des droits de Olmstead, la décision en sa faveur resta un *brutum fulmen*, jusqu'à ce que, après de nombreuses années, il obtint l'intervention favorable de la Cour suprême des États-Unis » (1).

Sur les 64 affaires soumises au Congrès, 49 furent jugées par des Comités, 11 furent renvoyées à la *Court of Appeals* et 4 « sem-

(1) Hampton L. Carson, History of the Supreme Court of the United States, p. 53-54.

Pour le résultat final de cette affaire intéressante jugée en 1809, environ 30 ans après l'incident, voyez la décision de la Cour Suprême des États-Unis intitulée *U. S. v. Judge Peters* (5 Cranch., 115).

blent avoir disparu ». Cinquante-six (y compris les onze) furent soumises à la *Court of Appeals*, et toutes furent réglées, en dernier ressort, par ce dernier Tribunal, avant qu'il ne fut remplacé, en matière de prises, par la Cour Suprême de l'Union devenue la plus parfaite des États américains.

L'extension du pouvoir judiciaire des États-Unis « à tous les procès de la « *Admiralty and Maritime juridiction* » donna aux Tribunaux fédéraux, aux Tribunaux de première instance et à la Cour Suprême sur appel, le pouvoir d'assurer l'uniformité de décision dans de telles affaires pour une Union actuellement composée de 48 États, dans chacun desquels des litiges de cette nature peuvent théoriquement, sinon pratiquement, être soulevés.

La décision prise par la Conférence des États américains en 1787 constitua un précédent pour la Conférence de la Haye de 1907, laquelle prépara et adopta une convention relative à une Cour internationale des Prises, qui devait être créée soit comme Institution à part, soit — comme c'était le cas pour les États-Unis d'Amérique — en donnant au Tribunal de la Société des Nations une « admiralty and maritime jurisdiction ».

L'opinion de Washington, dans tous les cas où elle a été adoptée, a résisté à l'épreuve du temps et de la critique.

Depuis la Déclaration d'Indépendance de 1776 jusqu'aux Articles de Confédération du 19 juillet 1778 et leur adoption finale en 1781, les colonies étaient des États indépendants et leur gouvernement était un gouvernement purement provisoire par lequel ils unissaient, avec tenacité, leur effort en vue de leur cause. Se regardant comme des États indépendants, ils traitaient entre eux sur la base de l'indépendance et de l'égalité. Ils avaient de nombreuses contestations au sujet de leurs frontières dues aux recouvrements de leurs chartes coloniales, qu'ils s'efforçaient de résoudre par les méthodes diplomatiques de nominations de commissaires. Les méthodes diplomatiques furent apparemment peu satisfaisantes ; aussi l'article 9 des Articles de Confédération, prévoit-il un règlement des litiges entre les États par un tribunal dont les juges devaient être choisis sur un tableau ou liste de trente-neuf commissaires ou juges. Ainsi le Congrès devait statuer

en dernier ressort dans les litiges entre les États au sujet des frontières, questions de juridiction et autres. Quand les autorités ou autres agents autorisés d'un État pétitionnaient au Congrès, pour qu'il réglât une dispute ou un différend, notification était faite à l'autre État et un jour fixé pour la comparution des deux parties par leurs représentants qui recevaient, ensuite, mission de désigner des membres du tribunal par entente mutuelle. Faute d'un compromis, le Congrès désignait trois citoyens de chaque État de l'Union et, de la liste ainsi formée, chaque partie, à commencer par le demandeur, retenait alternativement un nom, jusqu'à ce qu'il n'en demeurât plus que treize. De ces treize, sept ou neuf étaient tirés au sort et les personnes ainsi désignées composaient la Cour qui décidait du litige à la majorité des votes. Un quorum d'au moins cinq juges était exigé. En cas de non comparution de l'une des parties sans raison valable ou d'un refus de prendre part à la formation du tribunal, le Secrétaire du Congrès remplissait ce devoir à sa place. L'arrêt était définitif dans tous les cas, et chaque État s'engageait à exécuter l'arrêt en toute bonne foi. Chaque commissaire était obligé de prêter serment devant l'un des juges de la Cour Suprême, ou Supérieure, de l'État où siégeait le Tribunal, d'écouter et déterminer en toute vérité le sujet en question, d'après le meilleur de son jugement, sans faveur, affection ou espoir de récompense.

Il est à remarquer que les membres du tribunal pouvaient être désignés par consentement mutuel, tout comme l'article 24 de la Convention de la Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux prévoit que la composition du tribunal peut être décidée, directement, par l'accord des parties. Cet accord manquant, la nomination des juges est assurée par règlement exprès (article 24 de la Convention, article 9 des Articles de Confédération). Il résulte de l'histoire que, sous l'article 9 des Articles de Confédération, un litige fut définitivement tranché (Pensylvanie contre Connecticut), puis que des commissaires furent nommés par consentement mutuel dans deux litiges qui furent cependant réglés en dehors de la Cour (Massachussetts c. New-York, South Carolina c. Georgia) et qu'il y eut des pétitions pour la nomination d'une cour dans deux ou trois autres cas.

Il importe tout spécialement de noter que le litige de la Pensylvanie et du Connecticut était d'une valeur très considérable. Il comportait la possession de la vallée de Wyoming, maintenant comté de Luzerne de Pensylvanie, lequel territoire était réclamé par chaque État comme compris dans sa charte. La Cour fut désignée par l'accord direct des parties et consista, suivant sa constitution définitive, de cinq personnes qui se réunirent à Trenton, New Jersey, pour rendre à l'unanimité un jugement en faveur de la Pensylvanie, le 30 décembre 1782.

Dans le cas du Massachusetts c. New-York, les parties (9 juin 1785) s'accordèrent également sur la composition du tribunal temporaire composé de neuf juges sans recourir à la méthode indiquée dans l'article 9, mais le différend s'arrangea en dehors de la Cour, de l'accord exprès des parties (16 décembre 1786).

Le cas de la Caroline du Sud c. la Georgie est le seul exemple de la composition du tribunal en retenant alternativement d'après la récusation par la Georgie, sur la liste de trente-neuf commissaires ou juges, de noms jusqu'à ce qu'il n'en restât plus que treize. De la liste ainsi réduite, neuf noms furent tirés pour former la Cour (13 septembre 1785) : MM. Hanson, Madison, Goldsborough, Duane, Dickerson, Dickinson, McKean, Benson et Pynchon.

La capacité d'un pareil tribunal est démontrée par la carrière distinguée des commissaires, mais la cour ne se réunit jamais, les États s'étant entendus pour terminer à l'amiable leur différend.

On ne peut dire que la procédure ait été satisfaisante, étant donné le peu d'instances dans lesquelles elle fut employée et aussi qu'elle fut expressément rejetée par les membres de la Convention constitutionnelle de 1787. Elle n'en fut pas moins regardée comme une amélioration des arrangements diplomatiques, quelles qu'aient pu être ses imperfections ; ce que met en évidence le fait que ses principes fondamentaux figurèrent dans un article 9 de la proposition de constitution sur laquelle, au nom du comité de détails, M. Rutledge fit à la Convention fédérale son rapport le 6 août 1787. Quand vint le tour de cette proposition, ce fut le sujet de débats et de discussions. Au rapport de Madison, M. Rutledge dit : « Cette prévision (du règlement des litiges entre les États) était

nécessaire dans la Confédération, mais devient inutile, à raison de l'établissement, qui est envisagé, d'une justice nationale destinée à la remplacer. » M. Williamson au contraire « préférait la proroger au lieu de l'effacer afin d'examiner si ce n'était pas une bonne clause pour le cas où le pouvoir judiciaire serait intéressé ou trop étroitement unis aux parties. » Ces doutes étaient partagés par M. Ghorum, parce que « les juges pouvaient être en relations avec les États-parties ». Il était dès lors « enclin à penser que le mode proposé dans cette clause donnerait plus de satisfaction que le renvoi de ces cas à la juridiction ». La question du renvoi fut posée et repoussée. M. Wilson « insista sur la suppression, la juridiction étant une meilleure solution » : au vote, la disposition tomba (8 oui, 2 non, 1 absent).

Le règlement des litiges entre États par des commissions temporaires cessa ainsi d'exister, pour donner naissance à une juridiction permanente, investie du pouvoir de déterminer ces litiges, comme il appert de l'article 3, section 2 de la constitution, qui fut ensuite adoptée :

« Le pouvoir judiciaire s'étendra... aux contestations entre deux ou plusieurs États ; entre un État et des citoyens d'un autre État ; entre des citoyens de divers États ; entre citoyens du même État réclamant des terres en vertu de concessions faites par d'autres États ; entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers. »

Il est intéressant de noter à ce sujet que M. Rutledge qui proposait de supprimer l'ancienne méthode parce que la procédure sous les Articles de Confédération « sera rendue inutile par la juridiction nationale qui va être établie » et Wilson, qui insista sur la clause relative à la juridiction « comme préférable » étaient des légistes de profession, des hommes d'expérience juridique. Le premier, John Rutledge, devint Grand Juge de la Cour Suprême à la création de laquelle il aida, et l'autre, James Wilson, un distingué juge du même auguste tribunal.

Il y a un autre exemple qui pourrait aussi être considéré comme fait exprès pour notre cause, sur le réglement judiciaire des litiges internationaux, et il est heureusement possible d'indiquer en très peu de phrases l'origine et le développement de l'arbitrage suisse et son expression finale, sous forme d'un tribunal

fédéral avec pouvoir d'accepter la juridiction et de décider des litiges entre « les vingt-deux cantons souverains de la Suisse unis par la présente alliance... et formant par leur ensemble la Confédération suisse. »

A la première session du Tribunal, qui eut lieu à la Haye, le 15 février 1911, et constituée conformément à une convention spéciale d'arbitrage entre la Russie et la Turquie pour décider le point de savoir si l'intérêt était justement dû sur certains paiements déférés d'indemnités provenant de la guerre russo-turque, le président, M. Lardy, le distingué diplomate suisse, attira l'attention sur le fait que, pendant plus de six siècles, les litiges entre les membres de la Confédération suisse ont été réglés par arbitrage et c'est seulement hier qu'une Cour fédérale suprême a été instituée à laquelle a été accordée la compétence nécessaire pour de tels litiges.

« Est-il indiscret de ma part, dit-il, de constater qu'il y a plus de six siècles, le 1er août 1291, lorsque les anciens Suisses signèrent leur première alliance au bord du Lac des Quatre Cantons au pied de nos Alpes neigeuses en cette journée mémorable dont le peuple Suisse célèbre chaque année le souvenir par des feux de joie allumés sur tous les sommets, au moment où les cloches de toutes les églises appellent sur la patrie la protection du Tout puissant, les Confédérés ont en même temps conclu entre eux un pacte d'arbitrage par lequel ils s'engageaient à soumettre leurs différends aux plus prudents (prudentiores) de leurs vallées et par lequel ils créaient aussi la force nécessaire pour assurer l'exécution de la sentence. Pendant des siècles, la Suisse s'est développée à l'abri de l'arbitrage jusqu'au jour où elle a pu remettre à son Tribunal fédéral le jugement d'un grand nombre de contestations de droit public et placer sous la sauvegarde de ce même Tribunal fédéral les droits et les libertés des citoyens. La Cour de la Haye deviendra-t-elle un jour le Tribunal fédéral des nations? Il a fallu des siècles pour créer et faire accepter par l'opinion publique de la petite Suisse un Tribunal fédéral permanent. Il est prudent de penser qu'il faudra beaucoup de temps encore pour trouver les éléments d'un accord qui offrirait des sécurités suffisantes à l'indépendance des divers États et qui garantirait le patrimoine

moral de chaque peuple dans le concert mondial des nations. »

Nous pouvons être reconnaissants envers le diplomate distingué dont le jugement dans l'affaire qu'il était appelé à juger constitue à la fois un modèle et une étape dans le développement judiciaire du droit international, de nous avoir montré par l'histoire de son pays que l'arbitrage public a pour résultat, consciemment ou inconsciemment, l'institution d'un tribunal permanent ; mais il ne s'ensuit pas que nous partagions son pessimisme en ce qui concerne le temps nécessaire pour convertir le Tribunal soi-disant permanent de la Haye en un Tribunal permanent des Nations. Il est toujours plus difficile et plus long de construire le modèle. Le premier pas est, suivant le proverbe, coûteux. La création d'un tribunal international permanent exigera incontestablement du temps, mais le temps sera calculé par années ou par décades, non par siècles.

Sans nous arrêter plus longtemps sur ce que je me suis permis d'appeler le pessimisme de M. Lardy, je passe à l'évolution qui, d'après ses propres renseignements, se produisit en Suisse, évolution qui est à la fois un espoir et un précédent pour ceux qui croient que l'arbitrage public, dans des circonstances favorables, se transforme inévitablement en un règlement judiciaire des litiges qui, antérieurement, étaient réglés par arbitrage. On pourrait montrer, si on avait le temps, que l'arbitrage était la pratique commune des groupements qui, finalement, s'unirent pour former la Confédération suisse, longtemps avant que les braves gens d'Uri, de Schwyz et Unterwalden convinrent solennellement que « si quelque discorde venait à s'élever entre les confédérés *(conspiratos)*, les plus prudents interviendront par arbitrage pour apaiser le différend, selon qu'il leur paraîtra convenable, et si l'une ou l'autre des parties méprisait leur sentence, les autres confédérés se déclareraient contre lui. » On remarquera que bien que l'arbitrage soit convenu, il est purement volontaire dans le sens que les plus prudents *(prudentiores)* du groupement agissent de leur propre initiative, répondant à « la voix intérieure » sans être spécialement mandatés pour l'affaire. Les Suisses paraissent avoir été si pénétrés de l'esprit d'arbitrage qu'ils comptaient sur l'initiative personnelle de ceux qui possédaient la confiance générale pour se

proposer eux-mêmes comme arbitres, et si étrange que cela puisse nous paraître, beaucoup de litiges furent réglés par ce simple, et comme nous pourrions être disposés à le croire, primitif expédient. La convention de 1291 est considérée par les publicistes autorisés comme la première mesure prise sérieusement par les Suisses en matière d'arbitrage. Le devoir des confédérés de faire arbitrer ou de régler leurs différends est proclamé, mais aucune organisation n'est préparée pour son exécution. La deuxième mesure, à savoir la création de cette organisation, fut prise en 1351 lorsque Zurich entra dans l'Alliance. Les tribunaux d'arbitrage, tels qu'ils existaient dans chaque ville suisse, devaient être *institués* pour le règlement du litige lorsqu'il se produirait, et ce système dura, avec divers changements et un succès variable, jusqu'à l'institution d'un tribunal fédéral en l'année 1848.

« L'expérience démontre », pour citer le publiciste Dubs, président du premier tribunal fédéral, dont parle M. Lardy, ainsi que de la Confédération, « que, dans presque tous les États, le développement juridique ne commence pas tant par la fixation du droit que par l'institution d'un *juge*. Au début, le juge est une sorte de prêtre qui reçoit la connaissance du droit par une révélation divine directe qu'il ne fait que proclamer. Il est aussi, en vertu de son serment, mystérieusement lié à la divinité, qui lui parle aussi bien par la voix de la conscience que par le moyen de la raison. Il en était ainsi dans la Confédération. Jusqu'à nos jours, on comprenait, sous le nom de « Droit fédéral », l'organisme qui était destiné à maintenir le droit dans la Confédération ; mais, sous ce nom, l'on comprenait moins de règles de droit positif que la procédure et la sentence judiciaires, car jusqu'à aujourd'hui, nous n'avons que des rudiments sporadiques d'une législation juridique fédérale. Le droit fédéral avait pour but d'exclure du sein des États confédérés la défense personnelle, et d'établir des institutions destinées à prévoir et à résoudre les contestations entre les États. C'était donc une institution de droit *public*. qui primitivement ne visait ni le droit privé, ni le droit pénal. Quant à la justice à rendre à l'intérieur des cantons, c'était l'affaire de ces derniers. »

L'arbitrage qui existait ainsi dans les villes fut étendu aux cantons ou États formant la Confédération, tout comme à une date ultérieure, la procédure judiciaire existant dans chaque canton fut étendue au-delà des limites du canton à la confédération dans son ensemble. L'arbitrage, profondément enraciné dans le caractère suisse, fut d'abord essayé, puis abandonné pour cette procé-

dure purement judiciaire qui était en vigueur dans les cantons et qui avait gagné, parce qu'elle méritait de la gagner, la confiance de la Confédération.

Il serait étranger à notre but d'entrer dans les détails de la procédure arbitrale. Qu'il suffise de dire que l'endroit où le Tribunal temporaire devait siéger était prescrit à l'avance ; parmi les arbitres (habituellement cinq), deux étaient choisis par chacune des parties au litige, et le surarbitre, duquel dépendait la décision dans l'affaire, était choisi de plusieurs manières. Le but de la procédure était de concilier les différends, et en premier lieu, le petit tribunal agissait comme médiateur s'efforçant de concilier les parties, et il semble que c'était seulement après échec de l'offre de conciliation, et comme dernier recours, que l'affaire était réglée sur la base de la loi jugée applicable. L'arbitrage est envisagé ici comme une transaction relative à des opinions divergentes, par des personnes choisies par les parties. Le règlement judiciaire s'entrevoit pour ainsi dire à l'arrière plan et ne paraît sur la scène que lorsque les conciliateurs dans l'affaire n'ont pas réussi à accorder les parties. L'arbitrage, soit sur une petite échelle entre cantons, soit sur une plus grande échelle entre nations, est essentiellement une question de négociations et de diplomatie, c'est-à-dire de transaction.

« Les inconvénients de ce système », dit M. Dubs, et je le cite textuellement de crainte que ma partialité relative à la décision judiciaire ne paraisse influencer mon jugement,

« En général sont nombreux : d'abord, la formation d'un tribunal pour chaque procès et la nécessité de convenir chaque fois de certaines stipulations pour la procédure, exigent un déploiement de forces sans proportion ; puis les garanties nécessaires pour une composition impartiale de ces tribunaux font défaut, et l'on n'obtient une certaine égalité des parties qu'en redoublant le mal de la composition partiale du tribunal et en le neutralisant ainsi en quelque mesure ; ensuite, avec ces tribunaux de hasard, l'organisation de la procédure est défectueuse, et dès lors l'on ne s'oriente pas facilement au milieu des incidents du procès ; en outre, souvent le procès traîne en longueur et devient énormément coûteux ; enfin surgissent des questions de compétence et aussi des difficultés de toute espèce au sujet de l'exécution des jugements, ce qui compromet le résultat lui-même obtenu avec tant de peine. »

Le publiciste distingué, que j'ai cité, donne ensuite, en quelques phrases heureuses, les raisons de l'institution d'un tribunal permanent et de sa supériorité sur les tribunaux temporaires :

« Mais quand l'association politique devient plus intime et plus solide, le progrès conduit généralement et d'une manière parfaitement naturelle au tribunal organisé légalement. On obtient par là plusieurs avantages : l'on institue ce juge pour toute une série de cas, sans égard à une cause spéciale ; ceux qui le nomment sont tout à fait impartiaux ; ils peuvent peser avec soin ses qualités morales et ses capacités techniques ; l'on introduit un ordre fixe dans la procédure, une tradition dans le jugement au fond, et la clarté dans l'exécution ; enfin, dans la vie publique, l'on trouve, dans le pouvoir du juge, un ferme boulevard contre le bon plaisir et l'arbitraire, d'où qu'ils viennent.

« Ces avantages d'une organisation légale des fonctions judiciaires l'emportent de beaucoup sur les quelques inconvénients qu'elle peut présenter, surtout quand on laisse la faculté de recourir, dans certains cas spéciaux, à des tribunaux d'arbitres, et de récuser d'un tribunal ordinaire un juge qui, dans un cas particulier, n'aurait pas toute l'impartialité nécessaire. »

La troisième mesure fut prise en l'année 1848, époque à laquelle fut organisé un tribunal fédéral, pour les raisons qui ont été indiquées par M. Dubs, et sans aucune opposition. Il était composé de onze membres et de onze substituts (afin que chaque canton pût être représenté), désignés par l'Assemblée fédérale, pour rester en fonctions pendant une période de trois ans. L'ambition légitime des cantons d'être représentés dans le tribunal fut ainsi reconnue par la constitution de 1848, et les droits des trois langues parlées en Suisse furent reconnus par la constitution de 1874 qui dispose sur ce point que « les membres et les suppléants du Tribunal fédéral seront choisis par l'Assemblée fédérale, qui aura égard à ce que les trois langues nationales y soient représentées. »

Ces dispositions montrent que les cantons suisses gardent jalousement leur souveraineté et les langues dans lesquelles cette souveraineté est exprimée, avec la tenacité des nations indépendantes, et on peut faire remarquer en passant que le projet d'un tribunal de justice arbitrale, approuvé par la seconde Conférence de la Paix à la Haye, envisage des juges ainsi que des suppléants, et recom-

mande en outre que les différents systèmes juridiques des nations soient représentés. On peut encore noter, à cet égard, que le projet du tribunal, tel qu'il fut présenté à l'origine par la délégation américaine, reconnaît l'importance de la langue en disposant que les différentes langues parlées par les nations seraient représentées.

Le grand défaut de la constitution de 1848 était que, tout en accordant au Tribunal fédéral la compétence en matière de procès civils, entre les cantons, elle référait à l'Assemblée fédérale les procès de droit public. La justice n'a pas de rapport nécessaire avec les majorités, et les considérations politiques sont susceptibles d'influencer le jugement même des membres les plus honorables et les plus droits d'une Assemblée législative. L'opportunisme triomphe aux dépens du droit. La décision est politique, non nécessairement judiciaire. Il fut remédié à ce défaut par la Constitution de 1874 et l'incident n'est intéressant que pour montrer la prudence et la sagesse avec lesquelles les hommes d'État suisses abordèrent la question du règlement judiciaire et exigèrent que le nouveau tribunal justifiât sa création avant qu'il fut autorisé à trancher des litiges importants de caractère public entre les cantons qui se considèrent comme souverains, pour citer l'article 3 de la constitution, « en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale », et qui « exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral ».

Ainsi l'arbitrage entre les États par le moyen d'un tribunal temporaire composé pour le cas particulier, se transforme en un tribunal permanent pour le règlement de litiges entre les États de l'Union américaine et entre les Cantons de la Confédération suisse. Son succès, sous ce rapport, a justifié l'attente de ses promoteurs. Il a reçu et réglé bien des différends, pour citer le langage expressif du juge Holmes, « s'ils étaient nés entre des souverainetés indépendantes auraient pu conduire à la guerre ». Nous ne pouvons résister à poser la question : l'histoire se répétera-t-elle? Nous avons vu la justice par soi-même céder à l'arbitrage par contrat privé, puis l'arbitrage reconnu par l'État, puis un tableau permanent, d'après lequel les juges doivent être choisis, puis, finalement, une juridiction permanente nationale, et nous notons maintenant l'arbitrage entre États au moyen d'un tribunal tem-

poraire formé, pour le moment, de commissaires ou de juges se développant en une juridiction permanente internationale, tant par son caractère que par ses travaux, en tant du moins que les États qui le composent y sont intéressés.

La progression, dans le cas de Rome, fut longue et inconsciente. La progression, dans le cas des États de l'Union américaine fut inconsciente, mais rapide. La progression entre les cantons de la Suisse fut lente, sûre et consciente. Ne pouvons-nous pas espérer que le progrès de l'évolution judiciaire, dont le résultat se traduisit sous forme d'un tribunal judiciaire pour les citoyens d'un seul et même État et qui créa un tribunal international permanent pour treize États, actuellement quarante-huit, atteindra son point culminant aussi naturellement et logiquement, sinon aussi consciemment, par l'institution d'un tribunal international permanent composé de juges qui agiront dans un sentiment de responsabilité judiciaire? Le mouvement de l'Histoire est avec nous, et bien que le courant puisse être endigué pendant un certain temps, l'obstruction devra nécessairement être vaine.

DOCUMENTS

DOCUMENTS

---

1. Bernard MATTHIAS. — *Die Entwicklung des Römischen Schiedsgerichts*. (Le développement de l'arbitrage chez les Romains). Rostok, 1888, p. 5-18.

2. Sir Henry SUMNER MAINE. — *Ancient Law*. (L'ancien droit). London, 1861 ; édition Pollock, 1906, p. 362-364.

3. Rudolf von JHERING. — *Geist des Römischen Rechts*. (L'esprit du droit romain). Leipzig, 1852 ; traduction française de O. de Meulenaere, 3e édition, Paris, 1886, t. I, p. 168-177.

4. Paul-Frédéric GIRARD. — *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. Paris, 1901, p. 34, 173.

5. Paul-Frédéric GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, 1895, p. 993-994, 1024-1026, 1085-1087 ; 6e édition, 1918.

6. Edouard CUQ. — *Les institutions juridiques des Romains*. Paris, 1902, t. I, p. 132-136, t. II, p. 729-731 ; 2e édition, 1907.

7. J. N. MADVIG. — *Der Römische Staat*. (L'Etat romain). Leipzig, 1882, t. II. p. 216-218 (traduction française de Ch. Morel, Paris 1883, t. III, p. 234-247).

8. Henry John ROBY. — *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*. (Le droit privé romain à l'époque de Cicéron et des Antonins). Cambridge, 1902, t. II, p. 322-323.

9. J. B. MOYLE. — *Imperatoris Justiniani Institutiones*. (Institutes de l'Empereur Justinien). Oxford, 1883 ; 2e édition, 1890, t. I, p. 632, 634-636.

10. *Articles of Confederation and Perpetual Union between the (American) States, november* 15, 1777. (Articles de confédération et d'union perpétuelle entre les États américains, 15 novembre 1777.)

11. J. C. BANCROFT DAVIS. — *Federal Courts prior to the Adoption of the Constitution.* (Les tribunaux fédéraux antérieurs à l'adoption de la Constitution). New-York, 1889, 131 United States Reports, p. i-lxiii.

12. *Report of the Committee on Detail, presented by* MR. RUTLEDGE *to the Federal Convention, August* 6, 1787. (Rapport du Comité de détail, présenté par H. Rutledge à la Convention fédérale, le 6 août 1787). FARRAND, The Records of the Federal Convention of 1787 (New-Haven, 1911) t. II, p. 183-185.

13. *Proceedings of the Federal Convention, August* 24, 1787. (Procès-verbal de la séance du 24 août 1787 de la Convention fédérale, M. FARRAND, The Records of the Federal Convention of 1787, t. II, p. 400-401).

14. *Proceedings of the Federal Convention, August* 27, 1787. (Procès-verbal de la séance du 27 août 1787 de la Convention fédérale, M. FARRAND, The Records of the Federal Convention of 1787, t. II, p. 431-432.

15. *Constitution of the United States of America*, 1787.

16. Jacob DUBS. — *Le droit public de la Confédération Suisse.* Neuchâtel, 1878-1879, 2e partie, p. 105-117, 117-122, 126-127.

17. *La Constitution de la Confédération Suisse*, 29 *mai* 1874.

18. *Convention de la première Conférence de la Haye pour le Règlement pacifique des conflits internationaux*, 1899.

19. *Convention de la deuxième Conférence de la Haye relative à l'établissement d'une Cour internationale des Prises*, 1907.

20. *Projet de la deuxième Conférence de la Haye d'une convention relative à l'établissement d'une Cour de Justice Arbitrale*, 1907.

Toutes les notes des Documents originaux ci-dessus, sont reproduites in extenso.

DOCUMENTS

1. — Dr. Bernhard Matthias : **Die Entwicklung des Roemischen Schiedsgericht.** (Le développement de l'arbitrage chez les Romains). **Rostok 1888,** p. 5-18.

Le point de départ historique précis, pour l'étude du développement du Tribunal arbitral, dans le droit romain, est la réglementation de ce tribunal dans l'Édit du prêteur. C'est sur ce règlement que repose son développement dans la suite des temps. La réglementation du prêteur elle-même repose, à son tour, sur la coutume populaire clairement déterminée qu'elle présuppose comme étant son fondement nécessaire, coutume qui contrairement à l'administration d'État actuelle de la justice provenait des nécessités de la vie. Mais comme on le sait bien, le sujet ramène encore plus en arrière, jusqu'au début même du développement du droit romain. Ici, nous nous arrêterons un instant. La fonction et la forme du plus ancien tribunal arbitral ne sont pas si complètement hors de notre atteinte que nous n'ayons le droit de nous faire une conception plus complète, même si elle n'est pas absolument exacte, de la plus ancienne procédure judiciaire romaine. Il peut être prouvé que l'arbitrage des controverses a existé dans les temps historiques les plus anciens. C'est une institution qui était connue des peuples primitifs indo-germaniques et son antiquité devient compréhensible, lorsque nous la considérons comme le symptôme d'une période de civilisation déterminée où se préparait le passage de la justice que l'on se rendait à soi-même, à la justice d'état. Nous assignons son origine à une époque pendant laquelle l'application universelle des méthodes judiciaires gagnait

graduellement de la force, au fur et à mesure que la désapprobation générale d'une conduite contraire à ces méthodes devint plus accentuée, et lorsque l'appréciation de la valeur de la vie et des propriétés qui donnaient les moyens de vivre, s'affirma vigoureusement et fut le facteur principal pour amener les parties en litige à renoncer à une lutte personnelle. Les parties en litige s'adressaient à un ami en qui elles avaient confiance. Ce dernier décidait laquelle des parties avait tort. Cette décision était efficace dans la mesure où la partie perdante, si elle ne voulait pas se soumettre à la décision, suscitait la désapprobation des témoins qui étaient d'autant plus disposés à venir en aide au gagnant dans l'exécution absolue de son droit. La situation morale du gagnant était fortifiée lorsque la situation était rendue par une autorité civile ou religieuse (chef militaire, roi, prêtre) reconnue par les témoins. Connaissant la fonction la plus ancienne du Tribunal arbitral, nous devons pouvoir déterminer la forme de ce tribunal arbitral le plus ancien. Dans l'état de civilisation qui nous occupe, c'était la justice qu'on se rend à soi-même, c'est-à-dire le combat physique qui, à l'origine, réglait les litiges. Si les parties en litige en appelaient à une personne en qui elles avaient confiance, elles renonçaient simplement à la lutte personnelle, à la place de laquelle chaque partie affirmait qu'elle avait raison ; en d'autres termes, des opinions opposées remplaçaient le conflit personnel. Chacune des parties devait donner la preuve que son opinion était sérieuse et qu'elle avait une foi ferme dans sa prétention. Autrement, il n'y aurait eu aucun encouragement qui lui fît renoncer à son droit de se rendre justice elle-même. La substitution de l'opinion personnelle était justement suivie d'un dépôt fait auprès de la personne en qui les parties avaient confiance; ce dépôt, que cette personne de confiance devait remettre au gagnant constituait la pénalité que la partie pendante encourait. Par cette pénalité, le gagnant obtenait satisfaction en ce qui concernait l'établissement de sa prétention. Ainsi, nous voyons que les parties constituaient un enjeu et que la forme la plus ancienne de tribunal arbitral était un tribunal d'enjeu. La décision de ce juge d'enjeu établissait que le gagnant avait moralement le droit de recourir à la justice privée. Cette interprétation *à priori* concorde avec le fait que le règlement par enjeu était une carac-

téristique du droit primitif indo-germanique. Nous le retrouvons dans les nations septentrionales et chez les Grecs et les Romains (1), exactement dans la forme d'enjeu que nous avons décrite. Chaque enjeu cependant exige une décision qui ne peut être obtenue qu'à l'aide d'un agent impartial choisi aussi longtemps qu'un tribunal d'État n'existe pas. L'hypothèse que cette vieille coutume populaire de règlement des différends à l'aide d'un enjeu, provint d'un accord, et que ce dernier était conclu en vue d'une suppression éventuelle de la justice qu'on se rend à soi-même et du conflit personnel, ne peut être prouvée d'une façon directe. L'état de civilisation et les besoins des parties provoquèrent le règlement du différend sous la forme que nous avons appelée un enjeu, et l'on put recourir plus tard à la forme établie de cette manière pour le règlement d'autres différends. Il est évident qu'il existait deux sortes de contrats d'enjeu pour régler les différends ; dans l'un, seule était impliquée la détermination de la vérité des assertions, tandis que dans l'autre, il était nécessaire d'exécuter la décision soit par le consentement de la partie perdante, soit par les propres moyens de la partie gagnante (2).

Dans ce fait, nous retrouvons le germe du développement subséquent. Nous venons d'indiquer que les parties en discussion se sont tournées vers le représentant d'une autorité existant dans la communauté ou s'y développant, qu'elle soit ecclésiastique ou laïque, à titre de juge départiteur. Les avantages sont manifestes : le juge arbitral possédait la connaissance du droit, l'impartialité ; sa sentence avait le poids nécessaire ; le juge arbitral disposait lui-même de moyens efficaces psychiques ou physiques pour que sa sentence fût exécutée de bon gré ou pour que cette exécution fût obtenue de force par la partie récalcitrante. Mais l'appel fait à

(1) Cf. *Bernhöft*, Zeitschr. für vergl. R. W. II, p. 321 et suiv., aussi *Post*, Anfaenge des Staats — und Rechslebens, p. 247 et suiv. De même l'étymologie du mot *arbiter* confirme ma manière de voir ; *arbiter* (de *ad* et *bitere)* est celui qui voit une chose de près. Encore dans Cicéron il signifie souvent le *testis*, le témoin oculaire. C'est précisément cette qualité qui lui donne l'impartialité dans le pari.

(2) Je ne dois naturellement pas prétendre que le tribunal arbitral original a toujours pris la forme de tribunal d'enjeu indiqué dans le texte, mais seulement que cette forme apparaît comme parfaitement suffisante pour l'époque, et que par conséquent elle a dû être d'une utilisation fréquente. Mais la forme de procédure arbitrale supposée par *Muther*, (Sequestration und Arrest, p. 8 et suiv.) dans un litige relatif à la propriété mobilière, ne me paraît nullement correspondre à la période envisagée par nous.

ces autorités entraîna la nécessité de faire du juger arbitral un juge. Le procès s'accomplit d'autant plus sûrement que le juge arbitral était intéressé à accroître son autorité. Il fallait que cette forme de développement conduisît peu à peu à une modification du mode originaire d'enjeu. La justice que l'on se rendait à soi-même fût alors écartée en principe du fait du développement du droit et de la justice d'État. L'ancien conflit d'opinion avait ainsi perdu son importance matérielle, bien que la forme de l'enjeu eût été conservée, et la nouvelle forme d'enjeu continuait à constituer une institution processive. La somme qui faisait l'enjeu du différend (gage) changea également de fonction. Lorsque l'autorité à laquelle on en appelait garantissait l'exécution de sa sentence, le gage pouvait alors revêtir la fonction matérielle d'un équivalent incombant du juge arbitral. Certes, il ne serait pas contraire à la notion de l'enjeu que la somme constituant ledit enjeu incombât à un tiers. La satisfaction conférée à la partie gagnante pouvait, tout comme aujourd'hui, très bien consister en ce qu'elle bénéficiât à ce tiers.

Il était d'autant plus possible de continuer à caractériser la convention d'arbitrage entre les parties comme étant un enjeu. Mais la circonstance que les buts des parties ne recevaient plus satisfaction avec l'objet de l'enjeu était en contradiction sensible avec la nature du contrat d'enjeu; on recourait à l'enjeu seulement pour régler d'une façon définitive la situation qui formait l'objet de l'enjeu. Si cependant, d'une part, l'idée de satisfaction par l'enjeu était reléguée au second plan, alors que, d'autre part, la fonction de l'enjeu comme honoraires de l'arbitre passait au premier plan, il devient très évident qu'avec l'accroissement d'autorité de l'arbitre, ce dernier déterminait le montant de l'enjeu et que ce montant se modifiait dans le fond et dans la forme à cause des intérêts pressants de l'arbitre, intérêts qui peuvent n'avoir pas eu simplement un caractère égoïste. Cette seconde période prit fin avec le développement du Tribunal public et de la procédure en dehors du tribunal arbitral. Cette procédure publique peut conserver les formes et, en même temps que celles-ci, l'enjeu du procès arbitral et peut même encore les développer. La plus ancienne tradition des nations indo-germaniques me paraît montrer une

coïncidence remarquable avec le cours de ce développement.

Le droit indien (1) nous permet de suivre la série des développements décrits depuis l'époque où l'enjeu se transforme en une procédure légale. Mais pour le moment, considérons un passage du Code civil du Nârada (2) : « Dans un procès fait avec enjeu, celui des deux qui est condamné doit payer son enjeu et une amende lorsque sa défaite a été décidée. »

Il est remarquable que le procès soit institué à l'aide d'un enjeu. Cela indique une époque à laquelle un réel enjeu était l'objet d'un accord en présence d'un arbitre choisi. Le point de savoir quel intervalle sépare ce procès de cette période ancienne dépend de la réponse à la question de savoir à qui le montant de l'enjeu doit être payé. Jolly m'a donné l'extrait d'une note explicative de sa traduction contenant le commentaire de Asahâya sur ce passage : « Asahâya ne dit pas à qui le montant de l'enjeu doit être payé à son avis ». On peut faire remarquer que, d'après la loi Burmaise qui est un produit de l'ancien droit de l'Inde, 10 % de la somme mise en jeu devaient être donnés au juge et aux avocats, et le reste à la partie gagnante. Voyez Richardson's Damathat p. 73, Yâjnavalkya II, 18 (voyez Mitâksharâ).

En conséquence, 10 % de l'enjeu va aux juges et aux avocats et 90 % à la partie gagnante ; et cela d'après la loi Burmaise qui dérive de l'ancien droit indien. Si nous considérons la petite proportion de l'enjeu qui va aux juges et aux avocats, nous sommes presque forcés de tirer cette conclusion qu'autrefois cet enjeu de procès était un réel enjeu. Mais le passage indique aussi cet autre développement, dans le cours duquel le juge seul élève une prétention au montant de l'enjeu. Je n'examinerai pas l'amende que la partie perdante, dans le passage de Nârada, peut avoir à payer ; car il faut admettre que d'autres développements, en dehors de celui que j'étudie actuellement, se produisent, mais qu'il n'est pas besoin de discuter à présent. Pour appuyer la conclusion ci-dessus, un vieux principe légal cité, comme le croit

(1) Ces renseignements ont été aimablement communiqués par mes collègues *Bernhœft et Jolly.*

(2) Renseignement fourni par Jolly dans sa traduction du plus grand Nârada (p. 6) qui, déjà imprimée, doit paraître dans les *Sacred Books of the East,* à Oxford.

Jolly, dans le même commentaire de Asahâya sur Nârada devrait être considéré ici : « Si un demandeur ou une personne accusée, qui croit qu'elle peut gagner sa cause, stipule une somme proportionnée à sa fortune, alors cela est appelé « enjeu » (pana). En outre, mon hypothèse est, dans tous les cas, étayée par le passage qui se trouve dans le Yâjnavalkya 11. 18 ; auquel se réfère Jolly, dans la note sur Nârada, citée ci-dessus. Ce passage, dans la traduction de Stenzler, se lit comme suit : « Lorsqu'un enjeu était lié à un procès, alors le juge faisait payer à la partie perdante l'amende et son enjeu au roi, et l'argent au créancier. »

Les mots « au roi » ne se trouvent pas dans le texte original traduit par Stenzler. La question est de savoir s'il faut les ajouter. Leur insertion se trouve dans le Mitâksharâ d'où Stenzler a tiré sa traduction, ainsi que dans deux « très inexactes » éditions de Calcutta par Jolly, et cela à juste titre, croit Jolly, car la construction de la phrase exige cette insertion que, pour d'autres raisons encore, il croit nécessaire. Assurément, Jolly met en regard de sa propre question celle de Mendlik, le traducteur indien du Yâjnavalkya qui dans sa traduction (Bombay 1880) ajoute les mots « au roi », entre parenthèses, mais déclare dans une autre note : « Ces mots se réfèrent à des cas dans lesquels le demandeur ou le défendeur, ou tous deux, conviennent que la partie perdante paiera à la gagnante une somme d'argent. » Quoi qu'il en soit, si ces mots incertains manquaient, le passage conserverait l'enjeu du procès dans sa forme la plus pure et la plus adéquate, c'est-à-dire l'enjeu primitif devant l'arbitre et d'après cela ce serait plus tard seulement que les interprètes auraient introduit dans l'ancien texte de nouvelles interprétations de la loi. Mais si ces mots étaient contenus dans le texte du Yâjnavalkya, alors le passage cité nous donne des renseignements concernant la dernière période d'évolution de l'enjeu du procès et nous offre une analogie remarquable avec la *legis actio sacramento* romaine (1).

L'enjeu, en tant que procédure légale, joue un grand rôle dans

(1) Aussi une Notice relative au Droit civil chinois de *Kohler*, Zeitschr. f. vgl. R. W. VI, p. 386 : « Chacune des parties au procès apporte une certaine quantité d'or ou de métal et un faisceau de lances », et en outre cette remarque : « Donc l'apparition générale de la somme du procès, la *Summa sacramenti* », est ici confirmatoire.

l'ancien droit suédois et norvégien (1) tandis qu'il était inconnu des Islandais et des Danois. Dans l'ancien droit danois, la fonction légale de l'enjeu, comme le remarque Amira, « est principalement représentée par son utilisation dans les procès ». Tantôt les parties au procès font un pari en ce qui concerne une situation de fait qui peut être déterminée par la perception visuelle, comme, par exemple, les titres relatifs à la propriété de la terre ou le résultat d'une perquisition à domicile ; dans d'autres cas, la partie contre laquelle un jugement ou un verdict est rendu par le jury parie contre le juge ou contre les jurés. Dans ces derniers cas, l'enjeu apparaît sous la forme dans laquelle la sentence est exécutée. La relation entre l'enjeu de procès et le simple enjeu devant l'arbitre ne peut pas assurément être établi en ce qui concerne la Suède ; mais d'après ce qui a déjà été dit ce rapport n'est pas improbable (2). D'autre part, l'apparition de l'enjeu dans les anciens tribunaux privés norvégiens (Skiladomar), qui représentent la transition de la procédure arbitrale à la procédure strictement judiciaire publique, indique fortement un tel rapport. Ici, lorsqu'une décision unanime ne peut pas être obtenue, les juges privés, choisis par les parties, parient l'un contre l'autre. Le tribunal « Thing » décide quel Corps de juges privés a rendu la juste sentence. Le Corps perdant des juges privés perd au profit de la partie gagnante l'enjeu qu'il a déposé dans l'intervalle auprès d'une tierce personne. Si maintenant nous envisageons la situation particulière des juges privés qui, dans une certaine mesure, font de l'affaire des parties leur affaire propre, on verra que l'enjeu entre les juges est éventuellement un enjeu entre les parties elles-mêmes (3). En réalité, comme on l'a déjà fait remarquer, les parties respectives payaient entièrement le montant de l'enjeu.

Homère nous a transmis des exemples de l'enjeu pur et simple et de l'enjeu ayant pour but d'arriver à une décision concernant

(1) Je suis redevable à l'amabilité de mon collègue *K. Lehmann* de ce renseignement tiré de la littérature du droit Norse.

(2) Cf. *v. Amira,* Altschwedisches Obligationenrecht, 1882, § 32. *Emil Wolf,* jemfœrande rættshistoriska studier till de tolf taflornas Lag, Goteborg 1883, p. 61 et suiv. Ces derniers documents, au point de vue comparatif du droit, montrent, en outre, l'analogie avec la legis actio sacramento.

(3) *E. Ertzberg.* Grundtrækkene i den ældste norske Proces, p. 15-71; *Fr. Brandt* Forelæsninger over den norske Rethistorie II, p. 298-304.

des demandes légales litigieuses ayant comme base la justice privée. L'enjeu entre Idoménée et Ajax (Iliad. 23. 485 Seq.) est relatif à la victoire des parieurs dans les courses de chars. La provocation au pari de la part d'Idoménée définit clairement le point en discussion, l'enjeu et la personne de l'arbitre proposé. Le juge est celui qui, d'après son observation personnelle, sait : le témoin de la lutte est l'arbitre naturel, en ce qui concerne la lutte elle-même et ici, à l'égard du pari, il est l'arbitre du résultat de la lutte. Il est indiqué d'une façon non moins précise que la perte de l'enjeu par la partie vaincue doit avoir comme but de satisfaire le vainqueur.

Dans le second passage (Iliad. XVIII 497 Seq.), la question est relative à un réel point de droit litigieux au sujet d'une réparation, que la partie obligée paie et que le demandeur prétend n'avoir pas reçue. Le demandeur et le défendeur qui ont convenu qu'un arbitre décidera, soutenus par des partisans, s'adressent de plein gré aux gérontes, c'est-à-dire à ceux qui connaissent le droit. Chacun des *Gerontes* qui sont assis sur des pierres dans le cercle sacré, rend sa décision Deux talents d'or sont placés à l'intérieur du cercle sacré. Chaque partie a, comme nous le voyons, déposé un enjeu. C'est l'ancien enjeu qui a néanmoins pris le caractère de l'équivalent de la sentence arbitrale, particulièrement si nous admettons que l'enjeu du gagnant revient aussi au juge. La description nous conduit jusqu'à la limite qui sépare le tribunal arbitral du tribunal public.

Le développement ci-dessus décrit est, à mon avis, confirmé d'une manière non moins frappante par la procédure de la *legis actio* romaine. Cette procédure rappelle une époque où la création des lois et leur administration appartenaient essentiellement au pontifex. Si maintenant nous demandons comment cette procédure peut être développée, la réponse donnée à cette question par Jhering sera sans doute concluante (1) : de la participation du jurisconsulte aux affaires privées se développa le pouvoir judiciaire des pontifices comme arbitres entre les parties, et leur

(1) Geist des roem. Rechts (3. Aufl.) I, p.297 et suiv. *Bernhœft* in der Zeitschr.für vergl. R. W. II, 325 et suiv. 321, et du même auteur, Staat und Recht, p. 227 et suiv. Par contre *Mommsen*, Staatsrecht II, 1re partie, p. 44, p. 45, note 3.

décision fut appuyée par les accords intervenus entre les parties, mais aussi par l'autorité des pontifices qui existait déjà. Leur autorité acquit alors cet effet additionnel : le tribunal pontifical « assumait entièrement la position d'un tribunal institué par l'État » position qui lui fut accordée en fait et que le tribunal était grandement intéressé à maintenir (1). Le sens religieux du peuple avait, de temps immémorial, établi un lien indissoluble entre le droit et la religion ; le prêtre était considéré comme le gardien des règles de la vie ; il était, en outre, le gardien de la loi. Au sujet de la forme dans laquelle la procédure arbitrale était instituée, Jhering, à mon avis, ne donne aucune explication satisfa sante. Assurément, il n'admet pas que la controverse entre le pontifex arbitral débutait par le dépôt d'un *sacramentum* par les deux parties, mais il croit que le *sacramentum* mérite seulement d'être considéré à ce point de vue : que c'est l'honoraire, l'indemnité, c'est-à-dire la rémunération en argent à verser aux pontifices. Je crois qu'à l'origine une signification juridique beaucoup plus profonde s'attachait au *sacramentum*. L'idée initiale était un gage constitué par les deux parties pour assurer la procédure arbitrale. Au commencement, le gagnant emportait probablement ce gage, et le gage lui-même ne fut tout d'abord qu'une garantie pour les parties. Mais comme en vertu de son autorité le pontifex fut à même, dès une période lointaine, de garantir la réalisation de la sentence arbitrale, le gage de la partie perdante pouvait, en conséquence, prendre de plus en plus le caractère de l'honoraire qui devait être payé à l'arbitre. Le dépôt du gage resta le moyen de porter le procès, pour y être jugé, devant l'arbitre. L'arbitre sacerdotal cependant obtint une influence croissante en ce qui concerne la forme de ce gage. Le gage et le pari du gage reçurent un caractère et une signification sacrés ; le pari du gage était fixé pour telle somme précise proportionnellement à l'objet du différend ; si dans les premiers temps les parties désignaient individuellement le prêtre par leur choix, elles s'adressèrent plus tard à tout le Collège des pontifices qui déléguait unilatéralement un de ses propres membres et, finalement, d'une manière arbitraire et pour tous les cas, confia ces cas à l'un de ses membres ainsi

(1) *Bernhœft*, Staat und Recht, p. 227 et suiv., 113 et suiv., 119 et suiv., attribue au roi de l'ancienne époque romaine une fonction analogue comme arbitre.

que tous les autres cas relatifs à l'administration du droit privé (1). La procédure séculière de la *legis actio* paraît, par conséquent, être une continuation directe de la procédure pontificale qui dériva de la procédure d'arbitrage, et ses rapports avec cette dernière ne disparurent que graduellement. Le développement partiel et subséquent de la procédure de la *legis actio* retint l'idée du *sacramentum* comme pari du gage, c'est-à-dire amende du gage *(poena)*, comme cela est indiqué par les exemples bien connus tirés de *Varro* I, 1, 5, 180, Festus v. sacramentum et *Gaius*, 4, 13 ff. mais particulièrement par les paroles d'*Isidor*, orig. 5, 24, p. 930 : « *sacramentum est pignus sponsionis* » (2). La procédure formelle dans la *legis actio sacramento* correspondait entièrement à celle du gage réel et, à mon avis, ce ne fut point par un pur hasard mais bien par une tradition historique que le *lege agere sacramento* conserva, en même temps que le gage, les rapports avec la situation de la justice privée (3) qui n'était pas méconnue. Les écrivains modernes prétendent que dans la *legis actio sacramento* un enjeu était constitué pour assurer l'instruction du procès (4). Mais dans ces auteurs je ne comprends pas l'explication de cette forme particulière du procès. La forme initiale du procès peut être expliquée assurément par l'esprit qui dominait l'antiquité ; mais était-il nécessaire de recourir à la méthode du gage ou bien agissait-on ainsi parce que cela avait été une ancienne coutume romaine? Le gage en soi est certainement très étranger aux formes du procès. Pour cette raison l'idée vient irrésistiblement à l'esprit que ce gage final était le souvenir d'un gage réel d'une période antérieure (5). Il est tout à fait possible que le gage devant les pontifices n'était pas constitué par enjeu *(sacramentum)* mais à

(1) Cela est aussi confirmé par l'exposé de *Pomponius* dans L. 2, § 6, D. (1, 2) sur le « præesse privatis » ; mais sur ce point il y a lieu de comparer *Mommsen*, Staatsrecht II, 1re partie, p. 45, note 3.

(2) *A. Pernice*, Zum rœm Sakralrecht I, p. 18, note 5, fait justement remarquer l'interprétation analogue de *Servius*, Eclog. 3, 31. *Rudorff*, Zeitzchr. fûr gesch. R. W., tome 13 p. 199, note 36, n'indique pas la raison pour laquelle il suppose qu'*Isidor* considère le serment d'assertion comme ayant son origine dans la procédure du *sacramentum.*

(3) Voyez particulièrement *Bernhœft,* Staat und Recht, p. 226 et suiv.

(4) *Keller* (Wach.) Der rœm. Civilprozess (6e édit.), p. 57 et suiv. *Bernhœft,* Staat und Recht, p. 229. *Brinz,* Zur contravindication der legis actio sacramento, particulièrement p. 113 et suiv. et p. 146. *Baron,* Festgaben fur Heffter, p. 38 et suiv.

(5) En ce qui concerne l'abondante littérature relative à la *legis actio sacramento,*

l'aide d'une promesse mutuelle solennelle *(per sponsionem)*; car la forme solennelle de promesse de la sponsio dériva de la loi sacrée ; lorsque son caractère sacré disparut et qu'elle fut sécularisée (1), elle servit plus spécialement aux fins du contrat de gage. D'après cette opinion, le système plus récent qui consistait à *agere per sponsionem* aurait comme prédécesseur historique l'ancien gage *per sponsionem* devant l'arbitre pontifical.

voici ce que je pense : même parmi ceux qui nient absolument le caractère de pari du *sacramentum*, se trouvent de nombreuses interprétations qui nécessairement impliquent ma manière de voir *(Stintzing*, Ueber das Verh. der leg. a. sacramento etc., p. 9 et suiv.) ; d'ailleurs même si ces auteurs réussissaient à prouver que la procédure légale du *sacramentum* n'est pas à tous égards un réel pari, cela ne constituerait nullement une négation de ma manière de voir.

(1) Cf. maintenant *A. Pernice*, zum. rœm. Sakralrecht, I, p. 17.

2. — Sir Henry SUMNER-MAINE. **Ancient Law.** (Ancien droit). **London 1861**. (Edition Pollock, 1906), p. 362-364.

L'idée de dommage pour le groupement social n'eut que peu ou pas de rapport avec les premières interventions de l'État, par l'*intermédiaire de ses tribunaux :* c'est ce qui est montré par la circonstance que dans l'administration initiale de la justice, la procédure était une imitation précise de la série d'actes qui étaient susceptibles d'être exécutés dans la vie privée par les personnes qui se querellaient, mais qui consentaient ensuite que leur querelle fût apaisée. Le magistrat simulait soigneusement la manière de faire d'un arbitre privé appelé par hasard.

Pour montrer que cette affirmation n'est pas une conception fantaisiste, je donnerai les preuves sur lesquelles elle repose. La procédure judiciaire de beaucoup la plus ancienne est la *Legis Actio Sacramenti* des Romains, et il peut être prouvé qu'elle a été la source de toute la législation ultérieure des Actions. Gaius en décrit soigneusement le cérémonial. Si dépourvu de sens et si grotesque qu'il paraisse à première vue, un moment d'attention nous permet de le déchiffrer et de l'interpréter.

Il est supposé que l'objet du litige est présent devant le Tribunal. S'il est transportable, il y est réellement. S'il n'est pas transportable, un fragment ou un échantillon de l'objet est apporté à sa place : la terre, par exemple, est représentée par une motte, une maison par une simple brique. Dans l'exemple choisi par Gaius, le procès est relatif à un esclave. La procédure commence ainsi : Le demandeur s'avance avec une baguette qui, ainsi que le dit expressément Gaius, représente une lance. Il s'empare de l'esclave et affirme son droit sur lui par les paroles suivantes : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritum meum esse dico secundum*

suam causam sicut dixi », puis, prononçant les mots « *ecce tibi vindictam imposui* », il le touche de la lance. Le défendeur exécute la même série d'actes et de gestes. Sur ce, le prêteur intervient et ordonne aux parties de lâcher prise : « *Mittite ambo hominen* ». Ils obéissent et le demandeur requiert le défendeur de donner la raison de son intervention, « *Postulo anne dicas quâ ex causâ vindicaveris* », question à laquelle il est répondu par une nouvelle affirmation de son droit, « *Jus peregi sicut vindictam imposui* ». Sur ce, le demandeur initial offre de mettre en jeu une somme d'argent appelée *sacramentum*, sur la justice de sa revendication, « *quando tu injuriâ provocasti, Dœris Sacramento te provoco* », et le défendeur par les paroles « *Similiter ego te* », accepte le pari. La procédure subséquente n'avait plus de caractère formel, mais il faut remarquer que le Prætor prenait des garanties pour le *sacramentum* qui entrait toujours dans les caisses de l'État.

Telle était la préface nécessaire de tout procès de l'ancienne Rome. Je crois qu'il est impossible de ne pas admettre la suggestion de ceux qui y voient une dramatisation de l'origine de la justice. Deux hommes armés se querellent au sujet d'une propriété litigieuse. Le Prætor, *vir pietate gravis*, passe par hasard et intervient pour arrêter la querelle. Les parties lui expliquent leur cas et conviennent qu'il agira comme arbitre entre eux, étant convenu d'autre part que le perdant, non seulement renoncera à l'objet de la querelle, mais encore paiera une somme d'argent à l'arbitre comme rémunération de sa peine et de sa perte de temps.

3. — RUDOLF VON JHERING. **Geist des Rœmischen Rechts**. (L'esprit du droit romain). **Liepzig 1852** ; 5e édition, 1891, Vol. I. p. 167-176. Traduction française de O. Meulenaere, 3e éd., Paris 1886. p. 168-177.

REGLEMENT AMIABLE DES CONTESTATIONS

DÉCISION CONTRACTUELLE DES LITIGES. — LE SERMENT ET L'ARBITRAGE. — ACQUIESCEMENT A LA DÉCISION DU JUGE *(litis contestatio)*.

Le besoin d'une décision sur les contestations juridiques n'a pas reçu partout la même satisfaction. Chez quelques peuples, c'est à la divinité que l'on s'adresse dans ce but ; elle prononce au moyen d'ordalies, d'oracles, de sortilèges, etc. ; d'autres, au contraire, invoquent le secours de l'autorité. Mais dans un cas comme dans l'autre, les parties se soumettent à une puissance *supérieure*. Dès la plus haute antiquité, le peuple romain a suivi une voie toute différente, et le développement des temps ultérieurs n'est point parvenu à effacer la trace de cette idée de l'époque primitive : la *décision contractuelle* des contestations juridiques. L'intéressé dont le droit était contesté par son adversaire, lui proposait de recourir à l'arbitrage d'un tiers impartial, ou bien il abandonnait la décision à sa propre conscience, c'est-à-dire il lui déférait le serment sur la non-existence de son droit (1). Si l'adversaire acceptait l'une ou l'autre de ces propositions, la suite était toute indiquée ; la décision qui résultait de l'arbitrage ou du serment,

(1) Cette idée que le demandeur établit son adversaire juge en lui déférant le serment est souvent exprimée. L. 1 pr. Quart. rer. (44,5). *Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei jusjuraudum* L. 28, § 2 de jud. (5,1). Quintil. I,O.V., 6 § 4, *litis adversarium judicem facit.*

avait pour fondement le consentement réciproque, elle était, par conséquent, obligatoire pour les deux parties, elle faisait naître un droit incontestable, et, par suite, l'autorisation d'exercer la justice privée. Mais qu'arrivait-il si l'adversaire déclinait ces propositions? Par ce refus, il se condamnait lui-même, car pourquoi refuser, s'il était convaincu de son droit? Il prouvait qu'il n'avait pas confiance en la justice de sa cause, et ce n'était pas lui faire une injustice, à lui qui mettait son adversaire dans l'impossibilité d'obtenir une décision, que de considérer son refus comme l'aveu indirect de son tort (1). La justice privée (peut-être même aussi la *legis actio per manus injectionem*, v. p. 160), avait son libre cours contre lui (2).

L'institution des arbitres et le serment extrajudiciaire mettaient fin au système de la justice privée en accordant à l'ayant droit putatif la possibilité d'obtenir une décision sur la contestation, ou du moins d'acculer moralement son adversaire, et de le contraindre à avouer implicitement son tort, par son refus. Ces deux moyens étaient encore très populaires et d'un grand usage à Rome, dans les derniers temps (3) ; tous deux se retrouvent avec une forme solennelle dans la procédure antique. Je ne vois dans le second que la consolidation, sous une forme réglée et fixe, de la décision contractuelle du litige par les parties, qui exista longtemps avant lui. Le serment extrajudiciaire devint serment judiciaire, l'arbitre devint juge public ; mais ils conservèrent l'un et l'autre leur caractère primitif.

Le juge actuel tire son pouvoir de l'État, et non de la soumission volontaire des parties ; sa mission ne consiste pas seulement à constater, à dire le droit, mais à le réaliser.

De tout cela il n'est point question chez le juge romain ; ses fonctions sont celles de tout arbitre quelconque. Cette ressemblance étonnante a suggéré à un jurisconsulte romain cette observation : *compromissum* (le choix d'un arbitre) *ad similitudinem*

(1) Tite-Live, III, 57, *si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere.* L. 38, de jurejur. (12,2) ; *manifestæ turpitudinis et confessionis, est nolle nec jurare nec jusjurandum referre.*

(2) D'après la loi des XII tables : *Si in jus vocat, ni it, antestator, igitur em capito ; si calvitur pedemve struit, manum endo jacito.*

(3) O.-E. Hartmann, Der Ordo judiciorum, I, p. 105 s.

judiciorum redigitur. On pourrait, pour l'époque la plus récente, voir dans l'office du juge l'original et dans l'institution des arbitres la copie, tandis que pour les temps antiques il faut entièrement renverser ce rapport.

Il devait arriver souvent aux parties de demander une décision arbitrale à un magistrat distingué par ses connaissances juridiques ou par sa probité. L'acquiescement à leurs désirs fut tenu dans l'origine comme un point d'honneur, plus tard comme un devoir d'office (1).

Surchargé de pareilles missions, le magistrat dut bientôt proposer aux parties, à sa place, une autre personne capable, ou bien rejeter une fois pour toutes certaines contestations. Le droit postérieur lui-même est avare d'actions; combien le droit antique ne devait-il pas l'être davantage ! La seule différence qui existât entre l'arbitre ordinaire et celui nommé par le juge ou ce dernier même (lorsqu'il jugeait lui-même) était qu'il fallait d'abord solliciter l'acceptation du premier, tandis que l'acceptation du second était certaine dans tous les cas où l'usage ou la loi avaient introduit son intervention ; pour le reste ils étaient égaux. L'arbitre puise son pouvoir dans le choix des parties, il est leur simple mandataire, ses fonctions se bornent à dire le droit ; la réalisation du droit est abandonnée aux parties elles-mêmes. De même le juge du droit romain ancien ne tient son pouvoir que du mandat des parties. Cela résulte de la manière la plus évidente, de ce qu'un procès ne peut être entamé, lorsque la partie adverse refuse son consentement. Une décision du magistrat ou du juge qu'il a nommé n'a pour la partie adverse aucune force obligatoire, si elle ne s'y est soumise d'avance. La contestation qu'elle a avec son adversaire est chose d'intérêt purement privé ; comment le magistrat pourrait-il s'y immiscer sans une invitation des deux parties? C'est ainsi que lorsque le défendeur s'y oppose, aucun procès ne peut être introduit

(1) Les développements qui suivent, et que j'emprunte, sans y faire de modifications, à la première édition, ont pour unique but la reconstruction hypothétique de l'époque primitive et des idées qui la dominaient. J'en fais la remarque à cause des objections qu'ils ont soulevées. Quant à l'époque historique l'*imperium* du Roi ou du magistrat, revêtu de la *jurisdictio* s'écarte trop de la position que j'assigne au juge, pour que l'on puisse essayer de les mettre sur la même ligne. L'ordre du Préteur dans la procédure revendicatoire : *mittite ambo hominem*, montre clairement que son pouvoir n'avait pas pour limites la concession des parties : qu'il n'était pas *au-dessous* mais *au-dessus* des parties.

contre lui ; le demandeur doit alors se tirer d'affaire tout seul, et il le fait, comme nous l'avons vu plus haut, en procédant à la *manus injectio*. Si le défendeur a décliné la proposition du demandeur de recourir à une décision judiciaire, et s'il vient ensuite à changer d'avis, le demandeur n'est plus obligé d'y consentir ; la justice privée a son libre cours.

Puisqu'un procès ne peut être entamé sans la volonté du défendeur, il est aisé de voir ce qui arrivera lorsque le défendeur consent à répondre à l'action. Tout le procès repose sur la convention des parties. Elles se mettent d'accord sur la personne du juge que le magistrat constituera (1), et elles se promettent mutuellement de se conformer à sa décision. La force décisive, qui appartient à la sentence du juge, ne repose donc point sur ce qu'elle émane d'un juge public, mais sur ce qu'elle lui a été d'avance attribuée par les parties. La convention des parties a le caractère d'une promesse conditionnelle : elles se promettent que le vainqueur aura ce que le juge lui adjugera.

Les conséquences de ce point de vue ont été déduites, dans la procédure ancienne, avec la plus grande rigueur. L'ancienne obligation est considérée comme éteinte ; le demandeur ne peut donc plus laisser tomber sa demande et en intenter une nouvelle, et le défendeur ne peut pas davantage se soustraire à une condamnation en faisant la prestation réclamée. La convention des parties a substitué à l'obligation ancienne une obligation nouvelle, soumise à une condition, et elles n'ont plus désormais qu'à attendre l'accomplissement de cette condition. Cette nouvelle obligation reposant sur une convention, l'obligation antérieure, même si elle est née d'un délit, prend dans cette métamorphose toutes les propriétés des obligations contractuelles ; elle devient notamment transmissible aux héritiers, quand même elle ne l'aurait pas été auparavant.

Le contrat qui devenait ainsi le fondement de toute la procédure s'appelle *litis contestatio ;* il était conclu devant le Préteur en présence de témoins *(contestari)*. On a contesté la nature contractuelle de la *litis contestatio*, en y opposant la *nature du procès*,

(1) *Neminem* dit Cicéron, Pro Cluentio, c. 43, *voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

dont les conséquences de la *litis contestatio* sont, à ce qu'on prétend, des suites nécessaires. Mais on oublie que les Romains anciens envisageaient la nature du procès à un tout autre point de vue que nous. On perd de vue qu'ils exigeaient un consentement exprès, bien qu'indirectement forcé, dans tous les cas où aujourd'hui une personne, même contre sa volonté, assume une obligation ou subit un dommage. Il n'est pas conforme, à mon avis, à l'esprit du droit ancien de dire que la *litis contestatio* aurait entraîné après elle toutes les conséquences d'un rapport contractuel, sans avoir été elle-même un contrat. Pour s'en convaincre, il suffit de réfléchir qu'il ne s'agit point là de la soumission à un juge, mais que la sentence judiciaire n'est autre chose qu'une condition sous laquelle les parties se sont promis quelque chose. Si la condition de leur promesse avait été conçue en ces termes : « Si un tiers fait telle ou telle chose », le fondement de l'obligation née de l'accomplissement de cette condition, n'eût pas été l'acte de ce tiers, mais leur propre promesse. L'influence qu'exerce la sentence du juge doit donc être rapportée à la convention des parties ; c'est sa véritable cause.

Le rapport des parties avec le juge n'est donc rien moins que celui de la subordination. Sa qualité de juge constitué par le Préteur, n'implique pas plus une subordination pareille, que la nomination par l'État, de nos jours, de certaines personnes, pour exercer certaines professions, dans l'intérêt du public. Le juge ancien avait exactement la même position que le jurisconsulte de l'époque impériale, investi du *jus respondendi*. Tous deux étaient institués par l'État pour rendre service aux parties, en leur donnant un avis (1). Voilà pourquoi le juge ne pouvait dans le cours du procès faire aucune injonction aux parties, ni les citer, ni les menacer de peines si elles ne comparaissaient point dans les délais, etc. Voilà encore pourquoi les tribuns, qui pouvaient opposer leur veto au magistrat auquel était confiée l'administration de la justice, ne pouvaient

(1) Tous deux ont la même histoire. De même que l'État prend entre ses mains les fonctions arbitrales, sans en changer, à l'origine, le caractère essentiel, de même il agit avec les jurisconsultes répondants. A côté du juge et des répondants publics se maintiennent en activité les arbitres et les répondants non investis du *jus respondendi*, ceux-ci restent longtemps sans subir de révocation de la part de l'État. Leur révocation se fait enfin, et les juges, ainsi que les répondants officiels, prononcent alors, au nom de l'État, des sentences légalement obligatoires pour les parties.

pas en user contre le juge. C'est que le juge n'était pas un officier public, mais bien un arbitre des parties à la nomination duquel un officier public avait concouru. Voilà, enfin, pourquoi la sentence du juge n'était pas un ordre ou une défense à la partie succombante, mais une simple opinion *(sententia)*, une explication *(pronunciato)* donnée par le juge sur la question controversée. Tout cela se manifeste de la manière la plus évidente dans la forme de procédure la plus antique, dans la *legis actio sacramento*. Le procès y est revêtu de la forme d'un pari et chaque partie dépose une somme déterminée *(sacramentum)* (1), qu'elle perdra si elle succombe. Ce pari est soumis à la décision du juge, et il prononce, en déclarant que le *sacramentum* de la partie qui à ses yeux a raison, est *justum*, ce qui implique la perte du *sacramentum* de l'autre. De condamnation il n'en est pas question. La demande qui donna naissance au procès n'est pas mentionnée dans le jugement; la décision concerne en apparence une toute autre question que celle qui divise les parties, et ce n'est qu'indirectement que cette dernière est décidée. Cette décision indirecte, elle-même, n'implique nullement l'idée d'une condamnation. Cela résulte à toute évidence, de ce que cette forme de procédure s'appliquait à des cas où il ne pouvait être question ni de condamnation ni d'exécution, parce qu'il ne s'y agissait pas d'une réclamation juridique, mais de la preuve d'une assertion sur un sujet quelconque (2). Le droit postérieur lui-même a conservé une forme de jugement semblable, la *pronuntiatio*, pour une foule de cas où il ne s'agissait ni d'argent ni de valeur pécuniaire. Le juge se bornait alors à décider qu'un individu était *servus*, *libertus*, *ingenuus*, etc., et abandonnait à la partie intéressée le soin d'en tirer et d'en réaliser les conséquences pratiques.

A côté de ces formes de jugements, mais seulement parmi les formes les plus récentes de la procédure des *legis actiones*, s'en

(1) Nous reviendrons sur le *sacramentum* à propos du principe religieux.

(2) Valère Maxime. Lib. II, c. 8, § 2, nous apprend qu'il y eut procès sur une discussion entre un consul et un préteur, sur le point de savoir lequel des deux pouvait se prévaloir d'une victoire navale, et auquel des deux par conséquent on aurait dû accorder les honneurs du triomphe ; seulement, au lieu de l'ancienne forme du *sacramentum* on appliqua la forme plus récente de la *sponsio*. *Valerius sponsione Lutatium provocavit:* « *ni suo ductu Punica classis esset appressa* » *Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque judex inter eos convenit Attilius Calatinus.* Ce dernier formule sa décision en ces termes : *secundum te litem do.*

présente encore une autre, la *condemnatio*. Là, la sentence judiciaire est conçue objectivement, libre aux parties d'en tirer les conséquences pratiques, et de s'accorder, le cas échéant, sur la *litis æstimatio* ou l'évaluation de l'objet promis : ici, au contraire, le juge parle *relativement*, il *condamne* le défendeur et il fait lui-même en même temps la *litis æstimatio*, dans toutes les actions qui ont un objet évaluable en argent. En d'autres termes sa condamnation est, *à priori*, pécuniaire.

Le juge du droit ancien n'impose rien au défendeur, il ne lui donne aucun ordre au nom de l'État ; il ne fait que donner aux parties le secours de ses connaissances juridiques. La langue a exactement exprimé le rapport qui existe entre l'action du juge et celle du demandeur. Le juge doit uniquement *dire le droit (dicere)*, de là son nom de *judex*, et il le fait en donnant son *avis (sententia)*. Le demandeur au contraire, est *celui qui agit (actor)* (1); il *agit* en réalité, car il met la *main (manum injicere, conserere ; vindicare)*, selon la diversité des procès, sur des personnes ou sur des choses *(agere in personam, in rem)*. Le juge moderne, au contraire, décide ; c'est lui qui agit ; le demandeur n'agit point, il se plaint au juge, il lui demande son secours. Le demandeur romain n'a nul besoin du juge ; il procède sur le champ à la justice privée. L'office du juge ne fut introduit à Rome que pour donner occasion aux parties de se faire montrer le droit, dans les cas douteux. Mais la sentence du juge ne produit aucun résultat que les parties n'auraient pu atteindre tout aussi bien par une autre voie, et le motif général de son action décisive n'est point dans le caractère public de l'office du juge, mais dans la volonté des parties. Le juge n'est donc qu'un arbitre *(arbiter)*, et il y a une infinité de cas où il est désigné sous ce nom.

Jetons maintenant un regard rétrospectif sur le chemin que nous avons parcouru dans ce premier chapitre (§ 10 s.). Partis du point infime où le droit et la force se confondent dans la conquête

(1) Ce mot *agere* se retrouve aussi dans *jurgare, litigare ;* seulement il ne faut pas voir dans ce dernier mot un composé de *litem agere*, mais bien de *lite agere*, de même que *jurgare* est formé de *jure agere*.

des dépouilles de l'ennemi, nous sommes arrivés, en passant par la justice privée, au point où la force devient inefficace à cause de la contestabilité du droit, et où la décision contractuelle des litiges fournit les premiers germes de l'organisation des fonctions judiciaires. Une seule et même idée a toujours dominé cette étude : celle que la force personnelle est la mère, et par conséquent aussi la protectrice légitime du droit. Cette force n'est point la violence physique, nue : le sentiment de sa légitimité l'élève au rang de force morale. Elle est une énergie active au service de l'idée juridique ; bien plus, elle est le principe du droit privé lui-même, dans sa fraîcheur et sa vigueur originaires.

Cette idée de la justification de la force personnelle, créant et protégeant son champ d'action par son propre fait, est l'extrême minimum où peut commencer la formation du droit. C'est pour cela qu'elle pouvait et devait être placée en tête de notre étude. C'est de ce faible germe que s'est développé le droit chez d'autres peuples encore, mais nous n'avons pas partout, comme ici, le bonheur de pouvoir distinguer le germe originaire dans la fleur et dans le fruit. Bien des peuples, impuissants à concilier cette idée d'une manière durable avec le développement toujours croissant du principe de l'État, l'ont abandonnée ; ils ont abdiqué avec découragement le sentiment de l'indépendance juridique individuelle, devant l'État, dont ils ont fait le créateur du droit subjectif. Mais cette idée s'est enracinée trop profondément, pour pouvoir jamais disparaître, dans la conception juridique des Romains, grâce à sa nature indestructible et à leur mâle sentiment individuel. L'instinct juridique des Romains sut la modeler avec une précision telle, qu'elle put se concilier même avec le plus haut développement de l'État.

---

4. — Paul-Frédéric GIRARD. **Histoire de l'organisation judiciaire des Romains. Paris 1901,** p. 84, 173.

La nomination est faite par le magistrat, mais en vertu d'un accord des parties, qui, quand il n'a pas lieu spontanément, est procuré, au moins au cas normal de nomination d'un juré unique, par un jeu d'offres du demandeur au défendeur continuées jusqu'à ce qu'un nom proposé par le premier soit accepté par le second : c'est le système de nomination en vigueur au moment où commencent les documents historiques et tout porte à croire qu'il a fonctionné dès le principe (1). On sait moins bien si les mesures de contrainte qui existent plus tard pour vaincre les résistances du défendeur de mauvaise foi fonctionnent dès alors (2) ?

. . . .

L'affaire une fois liée devant lui doit être renvoyée à un juré institué par lui : normalement au juré unique *(unus judex)* appelé selon les cas du nom de juge ou de celui d'arbitre *(judex arbiterve)* et désigné par le libre choix des parties, si elles s'entendent, tiré, si elles ne s'entendent pas, par une procédure d'offres qui a déjà été décrite d'une liste arrêtée, sûrement à cette époque de la liste du sénat, d'après des témoignages unanimes que ne contredit aucun exemple concret.

(1) Les textes qui décrivent ce mécanisme appartiennent à une époque postérieure pour laquelle nous les étudierons. Mais il faut bien que les temps anciens aient déjà connu quelque chose d'équivalent, en présence de la haute antiquité attribuée par Cicéron à la règle selon laquelle la nomination du juge exige le consentement des deux parties (*Pro Cluentio*, 43, 120 : *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem nisi inter adversarios convenisset)*.

(2) On admet généralement que celui qui rend l'organisation du procès impossible en refusant systématiquement tous les jurés offerts par le demandeur est considéré comme ne se défendant pas *uti oportet* et, par conséquent, se trouve dans la même situation que le *judicatus* (Keller, *Civilprocess*, § 9, p. 44-45. Bethmann-Hollweg, II, p. 456, n. 7). Cette procédure peut remonter jusqu'aux temps les plus reculés.

5. — Paul-Frédéric GIRARD. **Manuel élémentaire de Droit romain,** p. 993-994, 1024-1026, 1085-1087 (1re édition, Paris 1902; 2e édition, Paris 1918).

L'affaire est déférée à un juré. C'est généralement un juré unique *(unus judex)*, appelé, selon la nature de ses attributions, tantôt *judex* et tantôt *arbiter*, qui est librement choisi par les parties si elles sont d'accord, qui sans cela est pris sur une liste dont la composition a changé avec les variations politiques, à notre époque celle des sénateurs, mais qui alors est encore désigné par le choix des parties ; car sa nomination est faite à l'aide de propositions du demandeur au défendeur qui continuent jusqu'à ce que le dernier en accepte une. L'affaire est encore déférée à des jurés, probablement nommés d'une façon analogue, dans quelque cas où ils sont nommés en chiffre multiple, ordinairement trois *(tres arbitri)*. Enfin peut-être pouvait-elle, dès le temps des Actions de la loi, être déférée à des récupérateurs *(recuperatores)*, qui sont des jurés multiples tirés au sort en assez grand nombre par le magistrat et ramenés à un chiffre inférieur par des récusations des deux parties. . . . . .

Les juges, qui dans notre procédure sont toujours de simples particuliers, peuvent être des jurés uniques *(judices, arbitri)*, que les parties choisissent à leur gré si elles sont d'accord, qui sans cela sont tirés d'une liste *(album judicum)* dont la composition a varié avec les mouvements politiques, d'abord la liste du sénat, puis la liste des chevaliers, puis une liste mixte composée à la fois de sénateurs, de chevaliers et de *tribuni ærarii ;* sous l'Empire, quatre classes, puis cinq graduées selon la fortune... Et les procédés de nomination restent toujours en principe, la proposition d'un des plaideurs acceptée par l'autre pour l'*unus judex,* la *sortitio* par le magistrat... Mais... il faut le concours des deux parties. . . . .

1° Pour l'introduction de l'instance, il (le magistrat) peut faire amener devant lui le défendeur par ses appariteurs, par ses agents qu'il pourrait ailleurs employer à cela. La comparution du défendeur doit être procurée par le demandeur, et, même quand on a reconnu la lutte corps à corps des XII Tables trop aléatoire, trop grossière, le magistrat n'est pas venu au secours du demandeur au moyen de la force publique ; il l'a fait par voie de délivrance d'action.

2° De même, quand l'*in jus vocatio* est impossible, parce que le défendeur est absent ou se cache, plus largement quand le défendeur empêche l'organisation de l'instance en n'y donnant pas son concours, le magistrat ne peut donner raison au demandeur dont le bon droit lui paraît évident ; car, dans l'*ordo*, il ne peut y avoir de jugement que contre celui qui a donné son concours à la délivrance de la formule. Il va seulement pouvoir prononcer la *missio in bona* et la *venditio bonorum* pour vaincre la résistance du défendeur ou le remplacer.

3° Quand le magistrat est saisi par la comparution de parties d'accord pour vider le litige, il ne peut le trancher lui-même ; il doit, suivant l'antique prescription rattachée aux fondateurs de la République, renvoyer l'affaire à un juré régulièrement choisi par les parties.

4° Quand ce juré a statué, le magistrat ne peut pas davantage exécuter sa décision en enlevant au défendeur la chose à laquelle le demandeur est reconnu avoir droit, en le forçant à exécuter par les moyens de contrainte administratifs ordinaires *(multis etpignoribus)*. L'*ordo judiciorum privatorum* laisse encore ici au demandeur le soin de procéder à l'exécution, en demandant, par une nouvelle action, par l'action *judicati*, que le défendeur condamné le paie, s'il ne veut le suivre dans sa prison domestique, selon la procédure la plus régulière, ou tout au moins selon la procédure de *venditio bonorum*, que ce défendeur qui ne le paie ni ne conteste régulièrement sa demande soit remplacé par le *bonorum emptor* qui fera l'un ou l'autre.

5° Enfin, par un dernier trait, qui n'est qu'un des éléments de l'*ordo*, le magistrat qui a le droit de procéder à l'administration

de la justice ne le peut pas à tout moment, mais seulement à certains jours, comme au reste il ne peut aussi qu'en certains lieux.

Ce sont là les grands traits de la procédure régulière seule applicable dans l'administration de la justice civile, confiée, à Rome aux préteurs urbain et pérégrin ayant à côté d'eux les édiles curules, en province aux gouverneurs, ayant à côté d'eux les questeurs pour les fonctions des édiles curules dans les provinces du sénat, et aussi en Italie et en province aux magistrats municipaux. Mais cette procédure devient hors de cause lorsqu'on sort du domaine de la juridiction civile, lorsque soit ces fonctionnaires eux-mêmes, soit d'autres fonctionnaires interviennent en matière administrative. Alors on n'est plus en matière judiciaire, même quand les intérêts des particuliers sont en jeu, on est *extra ordinem judiciorum privatorum*. Et rien n'empêche le magistrat d'employer, pour arriver aux résultats qui lui paraissent désirables, tous les moyens dont il dispose. S'il veut entendre quelqu'un, par exemple quelqu'un contre lequel on lui a adressé une plainte, il peut user de son droit de citation directe pour le faire amener devant lui. Il peut statuer sans distinction de jour, ni même, jusqu'à un certain point, de lieu ; car il ne fait pas de la justice, il fait de l'administration, de la police. Pour la même raison, s'il y a quelque contestation à trancher, il n'a pas besoin de la soumettre par une formule à un juré et quand bien même il se déchargerait, même par des instructions écrites, sur un fondé de pouvoirs, sur un commissaire, de tout ou partie de sa tâche, il n'y aurait pas plus de juré civil que de procès de l'*ordo judiciorum*. La décision viendrait toujours de lui et non de ce *judex datus* (qu'il ne faudrait pas, en dépit de la similitude de nom, confondre avec le juré civil). Toujours par la même raison, l'absence d'un intéressé ne l'empêchera pas de statuer, de prendre les mesures que son examen des faits lui fera juger convenables. Enfin pour ces mesures, pour l'exécution de sa décision, il n'est pas lié par le mécanisme compliqué de l'*ordo*, par ce mécanisme de la *venditio*, qui, pour le recouvrement d'une créance, force à faire adjuger tout le patrimoine à un tiers. Il peut faire exécuter sa décision par la force, par voie de contrainte directe, quand c'est possible, ou sinon

par ses procédés de contrainte administratifs, par des amendes disciplinaires, par des saisies de gages.

Tout cela est une conséquence de l'idée qu'il n'y a pas là justice civile, mais acte de police, d'autorité administrative. Seulement il n'y avait qu'à mettre la justice administrative à la place de la justice civile, qu'à soumettre les litiges privés à la procédure administrative pour remplacer partout la procédure de l'*ordo* par la procédure *extra ordinem*. C'est ce qui a eu lieu. Mais la transformation ne s'est pas opérée par une décision d'en haut ni d'un seul coup. Elle a résulté d'une série de changements successifs, qui à la bonne époque restèrent assez restreints à Rome et en Italie, qui eurent probablement dès alors une bien plus grande étendue en province, mais qui sont arrivés à leur conclusion dès avant la fin du IIIe siècle.

6. Edouard Cuq. — **Les institutions juridiques des Romains,** t. I, p. 132-136; t. II, p. 729-731 (1re édition, Paris 1902; 2e édition, Paris 1907.

I. Role de l'État dans l'administration de la justice civile. — La plus ancienne procédure des Romains révèle une période de transition entre le système de la justice privée et celui de la justice publique. L'exercice de la justice privée est soumis à des restrictions : il est subordonné à l'accomplissement de formalités plus ou moins compliquées. Le rôle de l'État dans l'administration de la justice n'est pas de premier plan : très effacé à l'origine, il a grandi progressivement. Jusqu'au Bas-Empire, à part quelques exceptions, la soumission à la justice publique dépend de la volonté des parties : l'État ne s'impose pas pour trancher les différends qui s'élèvent entre citoyens.

Au début, l'État n'intervient que pour légitimer par la présence d'un magistrat l'acte de justice privée qui va s'accomplir. Parfois la cause est si favorable que l'assistance d'un représentant de l'État est jugée inutile. Dans tous les cas, on exige l'affirmation publique et préalable du droit prétendu ; s'il est contesté, il faut surseoir.

Lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre, l'une d'elles peut déterminer l'État à intervenir pour statuer sur le litige. Elle a recours à un expédient : elle provoque son adversaire à affirmer son droit sous la foi du serment, s'engageant elle-même à en faire autant. Dès lors, la question est portée sur le terrain religieux ; l'État, qui a la garde du culte et qui doit prévenir tout ce qui pourrait attirer sur la cité la colère des dieux, acceptera la mission de dire lequel des plaideurs a prêté un faux serment ; par là même il statuera indirectement sur le fond du débat.

Il y a enfin quelques cas où le rôle de l'État se rapproche de

celui que lui attribue le droit moderne. Sur la demande des parties, il nomme un juge ou un arbitre pour estimer la valeur pécuniaire du litige ou pour imposer une obligation au défendeur. Ici, les plaideurs renoncent au droit de se faire justice et se soumettent par avance à la décision rendue au nom de l'État.

II. MAGISTRATS. — A l'époque royale, l'organisation judiciaire est à l'état rudimentaire (1). Cicéron affirme que jamais un particulier n'a été chargé de statuer sur un procès ni comme juge, ni comme arbitre ; le roi prononce seul sur les différends qui lui sont soumis ; il est à la fois magistrat et juge (2). Ce n'est pas qu'on lui ait spécialement conféré ce pouvoir ; les notions abstraites, comme la notion de pouvoir, sont étrangères aux Romains des premiers siècles. Ce qu'on a appelé plus tard juridiction est une conséquence du pouvoir suprême *(imperium)* attribué au roi par le vote du sénat et du peuple. L'*imperium* se manifeste extérieurement par douze licteurs qui portent les faisceaux et la hache, et précèdent le roi lorsqu'il paraît en public. On voulait, dit Tite-Live (3), faire impression sur l'intelligence encore inculte des premiers habitants de Rome ; le pouvoir s'identifiait dans leur esprit avec la hache des licteurs.

A la chute de la royauté, la juridiction passe aux consuls (4). A tour de rôle, pendant un mois, ils président à l'administration de la justice : c'est le plus âgé qui entre le premier en fonction. Depuis 387, la juridiction civile est confiée à un magistrat spécial, le préteur (5), et dans quelques cas, aux édiles curules (6), tous de rang

(1) Cf. Declareuil, *N. Rev. hist.*, XII, 217.

(2) Cic. *De Rep.*, V. 2. D'après Denys d'Halicarnasse (II, 14, 29), Romulus remettait à des sénateurs le jugement des affaires les moins graves. Servius Tullius aurait décidé que des sénateurs seraient chargés de juger les affaires privées conformément aux lois proposées par lui et approuvées par le sénat. Mais le témoignage de Denys est affaibli par les contradictions que renferme son récit ; il affirme d'une part que Servius a généralisé un usage remontant à l'origine de Rome ; d'autre part, qu'aucun des rois antérieurs n'a fait comme lui. Ailleurs (X, 2), il dit que le pouvoir de juger passa du roi au consul.

(3) Liv., I, 8.

(4) On les appela d'abord *judices*. (Liv., III, 55 ; Cic., *de leg.*, III, 3.)

(5) C'est une question de savoir si les tribuns de la plèbe ont eu, à l'origine, la juridiction civile sur les plébéiens. Pomponius les appelle *plebeii magistratus* (*D.*, 1, 2, 1, 20), ce qui n'est pas suffisant ; il ajoute bien (§ 34) que *jura reddebant*, mais ceci se réfère à l'Empire. Aulu-Gelle (XIII, 12) dit le contraire pour l'époque antérieure : *Tribuni plebis antiquitus creati videntur non juri dicundo.* D'autre part, Tite-Live (III, 55) signale une loi des consuls de 305 qui accorda l'inviolabilité aux

inférieur aux consuls. Ceux-ci n'ont plus que la juridiction gracieuse.

La juridiction du préteur s'étend sur tout le territoire soumis au peuple romain. Mais un certain nombre de cités italiques ont obtenu le privilège de conserver leurs magistrats locaux (1). Dans d'autres, la loi a créé des centres de juridiction où le préteur envoie des préfets *(juri dicundo)* nommés par lui (2). Ces préfets exerçaient une juridiction limitée, mais analogue à celle du préteur dont ils étaient les délégués.

III. JUGES. — § 1er. *Distinction du magistrat et du juge.* — La distinction du magistrat et du juge a été longtemps une règle fondamentale de l'organisation judiciaire des Romains. La juridiction et le jugement *(munus judicandi)* sont soigneusement séparés. Ce partage d'attributions avait l'avantage non seulement d'accélérer la solution des litiges, mais surtout de restreindre le pouvoir absolu du magistrat. Ignorant le principe de la séparation des pouvoirs, les Romains ont atténué les inconvénients qui peuvent résulter de l'étendue des prérogatives accordées à leurs magistrats, en confiant la mission de juger à de simples particuliers institués pour chaque affaire. C'est l'idée qu'on a reprise en France, à la fin du XVIIIe siècle, lorsqu'on établit le jury en matière criminelle (loi des 16-29 sept. 1791) : on à voulu donner à la liberté des citoyens une garantie contre les persécutions du pouvoir exécutif et contre les préventions des magistrats.

membres d'un collège de juges plébéiens *(judices decemviri)* ; on devrait en conclure qu'il existait, à côté d'eux, des magistrats plébéiens. Mais il est difficile d'expliquer pourquoi l'on ne trouve, à l'époque ultérieure, aucune trace ni de cette juridiction des tribuns, ni même de ce collège de juges. Il y a bien, au VIIe siècle, des *decemviri stlitibus judicandis (C. I. L.*, I, 38 de l'an 615), compétents pour les procès relatifs à la liberté ; mais les auteurs anciens n'ont jamais songé à les rattacher aux *judices decemviri* du IVe siècle. Ils forment un collège dont les pratriciens ne sont pas exclus *(C. I. L.*, I, 199 ; VI, 1553). Cf. en sens divers, Voigt, *XII Taf.*, I, 634 ; Karlowa, I, 224 ; Wlassak, *Rom. Processg.*, I, 140 ; E. Meyer, Hermes, XXX, 16 ; Mommsen, IV, 314 ; Girard, *Hist.*, I, 154, 3.

(6) La juridiction des édiles est attestée par Plaute. *(Men.*, IV, 2, 22.) On ignore en quels cas ils étaient compétents. Peut-être recevaient-ils les actions relatives à la police des marchés et de la voie publique. Le texte de Plaute montre l'un des plaideurs donnant à l'autre un *præs* ; il s'agit sans doute d'une action de la loi par serment.

(1) Voir la loi Osque de Bantia en Lucanie. (Girard, *Textes*, 27.)

(2) Par exemple, à Caere, à Capoue. (Fest., v° *Præfecturæ.*) A partir de 436, les quatre préfets qu'on envoyait dans les cités de la Campanie furent élus, sur la présentation du préteur, par les comices tributes ; c'étaient les *IV viri præfecti j. d. Capuam Cumas.*

§ 2. *Nomination du juge.* — En principe, le juge est choisi par les plaideurs et nommé par le magistrat (1). Il doit être pris parmi les sénateurs (2). A défaut d'accord immédiat, on procédait peut-être comme à l'époque ultérieure (3) : le demandeur proposait un nom ; si le défendeur le récusait, on en proposait un autre, et ainsi de suite. Si le défendeur refusait systématiquement tous les juges proposés par le demandeur, il y avait sans doute un moyen de vaincre sa résistance, mais on ignore en quoi il consistait aux premiers siècles (4). Plus tard, on tira au sort le nom du juge sur une liste dressée à cet effet (5) ; le nombre des récusations fut limité (6). La nomination du juge eut lieu d'abord à la fin de la procédure *in jure*. Une loi Pinaria décida que le juge ne serait institué qu'au bout de 30 jours (7).

L'institution du juge comprend deux actes : la prestation de serment et l'investiture. Le juge jure de se conformer aux lois ; s'il viole son serment ou se laisse corrompre à prix d'argent, il encourt une peine capitale, probablement la même que celle du faux témoin (8). Le magistrat confère ensuite au juge le pouvoir de dire le droit (9). Les parties se donnent respectivement rendez-vous pour le surlendemain (10). Le magistrat ordonne au juge de se rendre au forum au jour fixé (11). La convocation des parties et du juge peut être retardée si le troisième jour est férié, ou s'il coïncide avec le temps des vacations. Il y a en effet certaines époques pendant lesquelles les juges sont dispensés de siéger : l'année judiciaire

(1) Cic., p. *Cluent.*, 43.

(2) Polyb., VI, 17 ; Plaut., *Rud.*, III, 4, 8. Cf. Bethmann-Holweg, I, 66.

(3) Ce procédé était usité au début du VIIe siècle. Cic. *(de or.*, II, 65 et 70) distingue *judicem ferre et iniquum (sibi judicem) ejerare.* Cf. Fest., V° *Procum.*

(4) Plus tard on traita le défendeur comme un *reus, qui recte et uti oportet s. non defendit.* Cf. Keller-Capmas, 37.

(5) Plin., *H. n., præf. : Plurimum interest sortiatur aliquis judicem an eligat* Frontin., *De controv.*, II, 43.

(6) Cf. loi agraire de 643, I. 37, pour le choix des récupérateurs.

(7) Gaius, IV, 15. La loi est du temps de la République ; on n'en connaît pas la date.

(8) Cic., *De inv.*, I, 39 ; *De off.*, III, 10. — Gell., XXI, 1.

(9) Cic., *De leg.*, III, 3.

(10) Gaius, IV, 15, Ps. Asc., *in Verr.*, 164 ; P. Diac., v° *Res comperendinata* Cic., *Brut.*, 22 ; *p. Mur.*, 12.

(11) P. Diac., v° *Forum.* Cf. loi *col. Genetivæ*, c. 95 : *Si eo die quo jussi erunt, non judicabunt.*

est partagée en deux sessions, l'une d'hiver, l'autre d'été. Cette division existait au VIe siècle (1).

§ 3. *Compétence des juges.* — Dès le temps des Douze Tables, il existe trois sortes de juges : le juré, l'arbitre, les récupérateurs. Chacun de ces juges a une compétence spéciale, déterminée soit par la qualité des plaideurs, soit par la nature de l'affaire. Le juré et l'arbitre connaissent des procès entre citoyens ; les récupérateurs, des procès entre citoyens et pérégrins (2).

La distinction du juge et de l'arbitre paraît correspondre à la division des procès en *lites* et *jurgia* (3). Le mot *jurgium* désigne une brouille entre voisins ou entre parents, et cette brouille a pour effet de les conduire en justice (4). Le mot *lis* caractérise l'état d'hostilité qui, à l'époque antique, est l'état normal des plaideurs (5), et se manifeste dans certaines procédures par un combat simulé. Les procès qui donnent lieu à l'action de la loi par serment sont des *lites* (6), vraisemblablement aussi ceux que soulève une *manus injectio* (7) ou qui motivent une *judicis postulatio*. Sont des *jurgia* les actions en partage d'une hérédité, en bornage, *aquæ pluviæ*

(1) Plaut., *Capt.*, I, 1, 10 et 19 : *Res prolatæ, res redeuntes. Cas.*, V, 4, 4 *(Hermes*, I, 286) : *Nunc ego tecum æquum arbitrum extra cons(i)dium captavero.*

(2) Certains auteurs font remonter à la même époque deux collèges de juges dont l'existence est certaine au VIIe siècle : les décemvirs *stlitibus judicandis* et les centumvirs. Voir sur cette question p. 133, 5, et notre seconde partie consacrée au droit classique.

(3) Cf. Cic., *de leg.*, II, 12, 29 ; Ovid., *Fast.*, I, 73 ; Liv., V, 13 ; XXXVIII, 51. *Jurgia* et *lites* étaient exclus les jours de fête ; on devait faire trêve à toute espèce de contestation. — Cette division des procès n'a pas survécu à la suppression des actions de la loi. Sous l'Empire, le mot *jurgium* n'a plus de valeur technique. (Pap., D., X, 2. 57 ; XXIII, 3, 31. C., II, 6, 6, 4 ; VI, 2, 22, 4.)

(4) *Jurgium* vient de *juri ago. Agere* a le sens de pousser ; *jus* désigne le lieu où siège le magistrat. (Cf. Bréal et Bailly, 143.)

(5) Non. Marc., 292 : *Jurgium et lis hanc habent distantiam : jurgium levior res est ; si quidem inter benivolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur ; inter inimicos dissensio lis appellatur.* Cic., *de Rep.*, IV, 8 : *Jurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare.* Cf. nos articles Jurgium et Lis, *Dict. Antiq.*, III, 1. 713 et 1.265.

(6) Varr., *L.* l., V, 36, 100.

(7) Au VIe siècle, le jugement de certains cas de *manus injectio* est déféré à des auxiliaires du préteur, les triumvirs capitaux, créés vers 464 (Liv., *Epit.*, 11) et qui devinrent des magistrats électifs entre 512 et 630. Le *triumvirorum judicium* est mentionné par Plaut., *Truc.*, IV, 2, 29 ; Varr., *L.* l. IX, 85. Plaute en cite un exemple *(Pers.*, I, 2, 10) : une action populaire est exercée par un *quadruplator* sous forme de *manus injectio* et jugée par les triumvirs : *Ubi quadruplator quempiam injexit manum, tantidem ille illi rursus injexit manum, ut æqua parti prodeant ad tres viros.* (Cf. Karlowa I, 265, 9 ; Mommsen, IV, 307, 1 ; Girard, *Hist.*, I, 177, 2.)

arcendae (1). Les contestations de cette espèce sont soumises à un arbitre. Les autres *arbitria* consacrés par les Douze Tables sont étrangers aux rapports entre voisins ou parents ; ils rentrent cependant dans la notion du *jurgium*, car il s'agit d'une difficulté qui divise deux personnes entre lesquelles l'état d'hostilité a pris fin ; tel est l'*arbitrium* donné à la suite d'une action réelle par serment, lorsque la possession intérimaire a été attribuée à tort à l'un des plaideurs (p. 147, 5).

Le jugement des *lites* est confié à un juré unique *(unus judex)* ; celui des *jurgia*, tantôt à un arbitre, tantôt à plusieurs : il y a trois arbitres pour l'action en bornage et pour l'action donnée en cas de *falsa vindicia*. Les récupérateurs jugent les différends qui surgissent entre citoyens romains et pérégrins, à l'occasion d'actes conclus sur le territoire romain. Leur compétence était consacrée par des traités internationaux (p. 19, 3). A l'origine, la mission qui leur était confiée consistait à faire recouvrer, après la conclusion de la paix, les biens pris par l'ennemi (2) : de là leur nom de récupérateurs.

Dans les affaires où des pérégrins sont intéressés, la procédure subit quelques modifications (3) : (a) L'*in jus vocatio* est remplacé par une assignation à comparaître à jour fixe (4) ; (b) le magistrat détermine le jour où les parties se présenteront devant les récupérateurs (5) ; (c) les témoins sont tenus de déposer (6) ; on ne peut en citer plus de dix (7) ; (d) le jugement doit être rendu dans le délai de dix jours (8). On ignore si les récupérateurs étaient choisis

(1) Cic., *p. Cæc.*, 7, 19 ; *de leg.*, I, 21. Loi Rubria, c. 23 Pomp., *D.*, XL, 7, 21 pr. Cf. Audibert, *L'évolution de la formule des actions* familiæ erciscundæ *et* communi dividundo, 1903, p. 7 ; *N. Rev. hist.*, XXVIII, 273 ; 401.

(2) Æl. Gall., ap. Fest., v° *Reciperatio : Quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque.*

(3) Quelques-unes ne sont connues que par des textes relatifs aux récupérateurs provinciaux et datant de l'époque où furent soumis à des récupérateurs les procès entre citoyens.

(4) C'est le *condictus dies cum hoste* (Cic., *de off.*, I, 12 ; Gell. ; XVI, 4). L'obligation de comparaître est si rigoureuse (Plaut., *Curc.*, I, 1, 5) que si l'un des plaideurs est un soldat, on le dispense de se rendre à l'appel au jour fixé par le consul.

(5) C'est le *status dies cum hoste.* Fest., v° *Status.*

(6) *Testes necessarii.* (Quintil., V, 7, 9.)

(7) Cic., p. *Coec.*, 10. La loi de Genetiva Julia admet 20 témoins (c. 95).

(8) D'après le traité conclu en 261 par Rome avec les cités de la confédération latine (Denys., VI, 95). La loi agraire de 643 (l. 37) fixe le même délai pour les actions des publicains contre les contribuables.

par les parties, ou désignés par le magistrat avec faculté pour les plaideurs d'en récuser un certain nombre (1). Ce qui paraît certain, c'est qu'on en nommait plusieurs pour chaque affaire : ordinairement trois, quelquefois cinq (2).

. . . .

V. JUGES. — La distinction du magistrat et du juge a été maintenue : la division de la procédure en deux phrases *in jure* et *in judicio* avait l'avantage d'accélérer la solution des litiges et de diminuer les dangers d'une justice partiale. En confiant la mission de juger à de simples particuliers, on atténuait les inconvénients résultant de l'omnipotence des magistrats (3).

Le *minus judicandi*, d'abord réservé aux sénateurs (I, 418, 2) parce que leur position sociale avait paru une garantie d'impartialité, fut, à la suite de l'absolution scandaleuse de certains concussionnaires, transféré, en 632, aux chevaliers. Sylla le restitua aux sénateurs en 673 (4), mais en 684 la loi Aurelia établit un système transactionnel ; elle décida la création de trois décuries ou sections de juges formées : la première, de sénateurs ; la seconde, de chevaliers ; la troisième, de *tribuni œrarii* (5). Ces derniers furent exclus par J. César, en 708 ; la troisième décurie fut, comme la seconde, composée de chevaliers.

La liste des juges comprenait, à la fin de la République, environ 900 membres, 300 dans chaque section. Auguste porta à 1.000 le nombre des juges de chaque décurie, puis, pour les affaires civiles de peu d'importance il ajouta une quatrième décurie, recrutée parmi les citoyens ayant la moitié du cens équestre (200.000 ses-

(1) Si l'on peut s'en rapporter à Plaute, la nomination serait faite par le magistrat. *(Bacchid.*, II, 3, 36.)

(2) Cic., 2 *a in Verr.*, III, 12, 60 ; Liv., XLIII, 2 ; XXVI, 48 : *C. Lœlio et M. Sempronio, advocatis partis utriusque, P. Cornelium Caudinum de medio adjecit eosque tres recuperatores considere et causam cognoscere jussit.* On ignore comment la procédure *in judicio* se rattachait à la procédure *in jure*. Il ne paraît pas que l'action de la loi ait été possible.

(3) C'est l'idée qui a inspiré la loi des 16-29 septembre 1791 sur l'institution du jury en matière criminelle ; on a voulu protéger les droits de la défense et donner à la liberté des citoyens une garantie contre les persécutions du Pouvoir exécutif et contre les préventions des magistrats.

(4) Cic., *Verr.*, I, 13, 38.

(5) T. 1er, 430, 6 ; cf. sur cette loi notre article Lex *(Dict. des Antiq.*, V, 1131).

terces) (1) ; Caligula en créa une cinquième recrutée de la même manière (2). Cette augmentation rapide du nombre des juges fut la conséquence de l'extension de leurs attributions : jusqu'au VII[e] siècle, ils ne connaissaient que des affaires civiles et seulement lorsque les parties n'étaient pas d'accord pour désigner un citoyen chargé de trancher leur différend (I, 418, 3). Depuis la loi Calpurnia, de 605, et l'institution des *quæstiones perpetuæ*, ils ont aussi à juger des affaires criminelles. La liste des jurés, dressée sous la République par le préteur urbain, le fut sous l'Empire par le prince. L'âge minimum, qui était de 35 ans, fut abaissé à 30, puis à 20 ans, mais on ne pouvait être forcé de juger avant 25 ans. Il fallait de plus être Italien ; les provinciaux n'ont été admis que difficilement. Les fonctions de juge étaient viagères, mais il y avait des causes de dispense (3).

A côté des *judices selecti*, il existe au dernier siècle de la République deux collèges de juges : les décemvirs *stlitibus judicandis* et les centumvirs (I, 404). Les attributions du premier collège ont été modifiées au début de l'Empire ; on a retiré aux décemvirs le jugement des procès relatifs à la liberté (p. 141, 3), et on leur a conféré une fonction nouvelle : ils sont chargés, sous la haute direction d'un préteur *(hastarius)*, de présider les sections *(hastæ)* du

(1) En abaissant le chiffre du cens requis pour figurer sur les listes des juges, Auguste donnait des garanties au peuple et lui assurait une justice plus impartiale en ne le laissant pas à la merci des ordres les plus élevés. Cette innovation paraît avoir été étendue à certaines colonies romaines : d'après une inscription de Narbonne *(C. I. L.*, XII, 4333), les plébéiens de cette colonie chargèrent trois *equites a plebe* et trois *libertini* d'offrir le 31 mai de chaque année un sacrifice en l'honneur d'Auguste, parce qu'en ce jour de l'an II, *judicia plebis decurionibus conjunxit.* Ces expressions semblent bien indiquer une participation des plébéiens au *munus judicandi.* Auguste imposa aux décurions les instances organisées par-devant des juges plébéiens. Cette manière de voir, que nous avons défendue *(Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'Ecole française de Rome*, I, 298) après Keller *(Prozess*, § 10, 159) et Bethmann-Hollweg (II, § 66, 33), a été combattue par Mommsen (ad C. I. L., *loc. cit.) :* le mot *judicium* aurait ici le sens d'approbation. Mais les textes qu'il cite à l'appui, comme ceux qu'Henzen et Herzog avaient cités autrefois, sont d'une époque bien postérieure, de la fin du IV[e] ou du V[e] siècle. Quelle autorité peut avoir Sidoine Apollinaire pour donner le sens d'un mot au siècle d'Auguste ! Le mot *judicium* dans le sens d'instance se trouve dans Cicéron *(p. Planc.*, 8 : *plebem a judicio dimissam ; p. Cluent.*, 28. : *ejus ordinis judicia)* et dans Salluste *(Ep. ad. Cæs.*, I, 7, 12 : *judicia primæ classis mittenda putem ;* cf. Belot, *Chevaliers*, I, 235). Quant à la construction de la phrase, cf. Gaius, IV, 172 : *actionis periculum alicui conjungere*, bien que certains éditeurs corrigent sans motif le manuscrit et lisent *injungere.*

(2) Suet., *Cæs.*, 41 ; *Aug.*, 32 ; *Calig.*, 16.

(3) Callistr., D., IV, 8, 41 ; Plin., *H. n.*, XXXIII, 1, 30 ; *Vat. fr.*, 197-198.

tribunal des centumvirs aux lieu et place des questeurs (1). L'organisation du second collège a reçu une autre modification : le nombre de ses membres, d'abord fixé à 105, a été augmenté ; sous Trajan, il dépassait 180 (2). Les centumvirs ont conservé leur compétence en matière de succession jusqu'au IIIe siècle (3).

(1) Suet., *Aug.*, 36. Le préteur *ad hastas* (*C. I. L.*, VI, 1365 ; XIV, 3602) restait étranger à la *legis actio* qui s'accomplissait devant le préteur urbain ou pérégrin.

(2) Plin., *Ep.*, VI, 33. Cf. E. Chénon, *Le tribunal des centumvirs*, 1881.

(3) Pap., D., XXXI, 76 ; Paul., D., V, 2, 17 pr. ; Ulp., *eod.*, 8. 14.

7. — J. N. MADVIG. **Der Römische Staat.** (L'État romain). **Leipzig, 1882,** t. II. p. 216-218. Traduction française de Ch. Morel, Paris 1883. t. III, p. 234-247,

---

§ 11.

LA JUSTICE CIVILE *(Juris Dictio)* ; SON ORGANISATION EN GÉNÉRAL (1).

Comme toutes les autres institutions romaines, celles qui avaient pour objet de juger les procès civils *(causæ privatæ)* ; — l'expression *judicia privata* s'applique aux débats judiciaires et aux jugements rendus dans ces matières), étaient dans l'origine organisées de façon à répondre aux besoins d'une seule ville et d'un petit territoire où se trouvait concentrée la masse des citoyens. Sur les développements que la coutume donna à cette organisation, comme sur les lois qui ont pu la transformer, nous sommes presque dépourvus de renseignements, ou du moins nous n'en possédons que sur quelques points secondaires. Elle reposait sur une combinaison d'un genre tout particulier ; la justice était dirigée par un magistrat unique devant qui toutes les demandes devaient être formées et instruites, tandis que, pour le jugement, il avait recours à la coopération d'un certain nombre de citoyens choisis pour exercer les fonctions judiciaires ; ainsi le magistrat

(1) Nos informations sur l'administration de la justice civile sont très défectueuses. Parmi les discours de Cicéron, quatre seulement, ceux *pro Quinctio, pro Roscio Comoedo* (incomplet), *pro Tullio* (seulement un fragment) et *pro Cæ ina*- concernant des causes civiles, et les autres renseignements de détail sont dispersés un peu partout et peu nombreux du reste. Pour les premiers temps de l'empire, on en trouve quelques-uns dans Pline le Jeune. Les sources du droit postérieur nous éclairent sans doute en nous fournissant des indications sur la manière de formuler les plaintes et les conclusions dans divers cas de droit *(actiones)* ; mais elles présupposent toujours la connaissance de toute la procédure judiciaire, des tribunaux et de leur manière de procéder, et cela sous les formes en vigueur dans les derniers temps de l'empire. Les *Fragm. Vatic. jur. Rom.*, § 197, 198, citent une *lex Julia privatorum (judiciorum)* et une *lex Julia publicorum* ; il est fait aussi allusion à la première de ces lois dans le Digeste, V, 1, 2, § 1 ; toutes deux émanaient sans doute d'Auguste (Macrobe, *Sat.*, I, 10, 4 : « Augustus in legibus judiciariis ») ; mais nous ne connaissons exactement ni l'étendue ni le contenu de ces lois.

remettait chaque affaire, sous une forme déterminée, à un ou plusieurs de ces juges pour être tranchée par eux et, une fois le jugement rendu, il donnait force à ce jugement et le faisait exécuter. La distinction entre des tribunaux inférieurs et supérieurs et le système de faire passer une même cause par plusieurs instances étaient choses absolument inconnues sous la république romaine.

Les débats judiciaires, même lorsque des documents écrits étaient soumis au tribunal, étaient toujours oraux et publics. En parlant du magistrat on disait *jus dicit*, et ses attributions étaient désignées sous le nom de *juris dictio* (par opposition à *quœrere* et *quœstio* qui ne se disent que de l'instruction criminelle, avec laquelle ce magistrat n'avait rien à faire (2) ; en revanche, le soin de prononcer la sentence *(judicare)* incombait aux juges, et tout procès civil comportait deux délibérations distinctes, la première préparatoire, *in jure*, devant le magistrat, la seconde définitive, devant le ou les juges, *in judicio* (3).

Primitivement c'était le roi qui était à la tête de la justice ; plus tard ce furent les consuls (nous ignorons toutefois comment les attributions étaient réparties entre eux) et en leur absence le *prœfectus urbi ;* enfin, depuis l'an 366 ce fut le préteur, et depuis qu'il y en eut plusieurs, le préteur urbain (en partie aussi le *prœtor inter peregrinos ;* voy. ch. V, § 8). A côté de la juridiction exercée sur lui personnellement dans la ville et dans son territoire avec la coopération du personnel de juges placé sous ses ordres immédiats, l'extension de l'État et les agglomérations de citoyens qui se formèrent dans les municipes, préfectures et colonies, par-ci, par-là aussi dans les provinces, rendirent nécessaire la constitution d'une juridiction municipale et provinciale qui, à son tour, sous les

(2) Quelques écrivains non juristes de l'empire, notamment Suétone (*César*, 43 ; *Auguste*, 33 et suiv.), se servent aussi du terme *jus dicere* en parlant de la justice criminelle, mais cette expression n'est pas strictement correcte. A côté des attributions du magistrat comme juge dans des procès proprement dits, on voit qu'il avait constamment à intervenir pour donner force légale à des actes volontaires entraînant une obligation, et dont une partie s'accomplissait sous la forme d'un procès entraînant un jugement ; c'est le cas en particulier de la *cessio in jure*, de l'*adoptio*, de l'*emancipatio* et de la *manumissio*, et c'est ce qu'on désigne sous le nom de *juris dictio voluntaria*. Ce genre de juridiction était, même dans une époque assez récente, exercé aussi par les consuls.

(3) Cic., *de Invent.*, II, 19 ; Paulus, *Digeste*, I, 1, 11 : « ubicunque prætor... jus dicere constituit, is locus recte jus appellatur ; — in jus vocare; in jus ire », etc.

empereurs et lorsque le droit de cité fut accordé à tous, amena la création d'une organisation judiciaire générale pour tout l'empire (4). Comme nous l'avons vu (chap. V, § 2) on n'exigeait point d'ailleurs de connaissances spéciales en droit du préteur, qui avait en même temps des fonctions administratives et remplissait même parfois celles de général ; en revanche, il pouvait recourir aux lumières des juristes, soit pour la rédaction de son édit (voir plus haut, § 2), soit dans des cas embarrassants.

§ 12.

Les juges *(Judices)* (1).

Les juges étaient de simples particuliers, désignés en certain nombre pour remplir des fonctions judiciaires ; on ne tenait pas compte pour faire ce choix des capacités et des connaissances juridiques, mais bien de la position et de l'honorabilité de chacun. Aussi le préteur (le *prætor urbanus* ou le *prætor inter peregrinos)* était-il tenu de les prendre exclusivement sur une liste dressée à l'avance *(album ;* voy. plus loin). Tant que le peuple rendit lui-même le jugement dans les procès dits publics *(judicia publica)*, les personnages portés sur la liste n'eurent à s'occuper que des *judicia privata* (sauf peut-être dans des *quæstiones extraordinariae*, en vertu de loi spéciales); mais depuis l'institution de tribunaux permanents (*quæstiones perpetuæ)* pour juger les affaires criminelles *(judicia publica)* jadis tranchées par le peuple, on appela à y siéger dans chaque cause un nombre déterminé par la loi de ces mêmes *judices* qui prononçaient les arrêts en matière civile (2). (En ce qui concerne les *centumviri*, voir plus loin.)

(4) C'est sur le développement graduel de la juridiction que repose la distinction entre les *judicia legitima et les judicia quæ imperio continentur.* On appelait *legitima* ceux qui étaient rendus dans la ville de Rome et sa banlieue (*intra primum urbis Romæ milliarium)* entre citoyens romains et devant un juge unique. (Gaius, IV, 103 et 104.)

(1) J'ai traduit en général le mot *judex* par celui de juge, bien que certains auteurs modernes y voient plutôt quelque chose d'analogue à un juré ; il me paraît que ni l'une ni l'autre de ces traductions ne correspond exactement au sens réel du mot *judex*, mais il vaut mieux s'en tenir à celle qui, par l'étymologie, se rapproche le plus du latin.— Trad.

(2) Une opinion très répandue parmi les auteurs modernes, et qui semble même partagée par la plupart d'entre eux, veut que dès les premiers temps où furent instituées des *quæstiones* régulières pour les *judicia privata,* il ait existé deux classes ou deux listes de juges, l'une pour les *judicia publica*, l'autre pour les *judicia privata ;*

on admet tout au moins que cette distinction a dû être introduite depuis C. Gracchus, et cela parce qu'on s'imagine que ses lois judiciaires et celles qui furent rendues après lui sous la République n'avaient trait qu'aux *judicia publica.* Dans cette hypothèse la séparation se serait maintenue jusqu'à Auguste et des sénateurs seuls auraient été appelés comme juges dans les *judicia privata.* Mais cette opinion manque de fondement et doit être rejetée comme absolument fausse. S'il est vrai de dire que les procès politiques ont joué un rôle capital dans les discussions sur la composition des tribunaux qui se sont produites depuis l'époque de Gracchus, il ne faut pas oublier que beaucoup de causes civiles, entre autres celles qui avaient trait aux fermages de l'État, avaient une grande importance et constituaient une source d'influence qu'on ne tenait certainement pas à abandonner au pouvoir exclusif des sénateurs. La preuve essentielle résulte toutefois de ce que ni les historiens et les autres auteurs, ni Cicéron dans les nombreux passages où il touche à cette question, ne mentionnent une catégorie spéciale de *judicia* et n'y font pas la moindre allusion; ils s'expriment, au contraire, constamment dans des termes généraux, tels que *judicia turpiter administrari, ad res judicandas alium ordinem postulari,* etc. ; au surplus, dans aucun des endroits où il est question du choix des juges *(judicem legi)*, de la qualification exigée d'eux *(quare judicem legi non liceat* (Cic., *pro Cluentio* 43)), ou même des juges en bloc, considérés comme classe honorable *(judices selecti* (Horace, *Sat.*, I, 4, 123)), on ne trouve pas le moindre indice qui puisse faire admettre l'existence de deux catégories distinctes. Il faut observer en outre que la revision de l'*album judicum,* qui a évidemment trait aux *judicia publica,* était l'affaire du préteur urbain (voy. plus haut) qui n'avait rien à voir aux *judicia publica,* mais qui de tout temps, même alors qu'on ne nommait des *judices* que pour les *judicia privata,* avait été chargé de cette besogne.

Le passage de Suétone qu'on invoque montre de la manière la plus évidente qu'Auguste avait trouvé à son avènement une catégorie unique de juges, appelés à prononcer aussi bien dans les *judicia publica* que dans les *judicia privata (maleficium... negotium)*, mais que, lorsqu'il ne fut plus possible de suffire au chiffre des petites affaires civiles, on créa une section spéciale pour les petits procès *(de summis levioribus)*, tandis que les causes civiles plus importantes restèrent dans la compétence des autres *decuriæ* chargées jusque là en commun de juger les deux autres genres de *judicia.* Dans le petit nombre de plaidoyers que Cicéron a prononcés au civil, il a peu d'occasions de parler de la condition personnelle des juges ; pourtant, dans son discours *pro Roscio comoedo (Pro Roscio comoedo*, 14), prononcé avant la dictature de Sylla, par conséquent à une époque où, selon l'opinion admise, les sénateurs seuls auraient jugé les *judicia privata* et les chevaliers les *judicia publica,* il signale comme chevalier un des juges qui fonctionnaient dans un procès civil. Aulu-Gelle (XIV, 2) dit qu'il avait été *lectus in judices* par les préteurs *ut judicia, quæ appellantur privata, susciperet ;* cela provient uniquement de ce que, de son temps, tous les *judicia publica* avaient passé de la compétence des tribunaux ordinaires à celle du sénat ou à celle du *præfectus urbi.* On ne sait trop comment on a pu trouver une preuve de l'existence de deux catégories de juges dans un passage des *Fragm. Vatican. jur. Rom.* (§ 197, 198) d'après lequel il se trouvait des dispositions sur l'exemption des fonctions judiciaires aussi bien dans la *lex Julia publicorum* que dans la *lex Julia privatorum,* surtout lorsqu'on tient compte du scrupule excessif que les Romains apportaient à reproduire dans chaque loi des dispositions spéciales au lieu de renvoyer à une disposition générale d'une autre loi. Du reste, dans les luttes auxquelles a donné lieu la composition de la liste des juges, on a bien pu émettre d'un certain côté, et abstraction faite des raisons politiques, le vœu d'étendre à un cercle plus large le droit de faire partie des tribunaux, afin d'avoir plus de choix. Jusqu'à l'époque de Sylla, le sénat était peu nombreux, et outre ceux de ses membres qui étaient empêchés par l'âge ou la maladie, beaucoup étaient réclamés par d'autres fonctions, soit à Rome, soit en dehors de la ville ; aussi le personnel restant ne pouvait-il suffire pour la grande quantité des affaires civiles. Si Sylla se vit obligé de doubler le nombre des sénateurs, cette mesure était motivée en partie, au dire des auteurs, par le fait que le sénat seul était chargé de l'expédition de toutes les affaires judiciaires (Tac., *Ann.*, XI, 22 : « cui judicia tradiderat »).

Jusqu'à l'époque des Gracques, les juges furent pris (3) dans le sein du sénat. Nous ne possédons aucun renseignement sur les règles qui présidaient à ce choix et nous ignorons les conditions suivant lesquelles les sénateurs, qui tous devaient remplir les conditions exigées, étaient appelés à fonctionner comme juges ou étaient dispensés de cette charge. Du temps des Gracques, il se produit un certain mécontentement ; on se plaint de l'influence et du pouvoir que ces attributions, réservées aux seuls sénateurs, leur conféraient, et ce mécontentement cause une agitation qui commence déjà à se manifester sous TI. Gracchus (4) et qui aboutit, en l'an 122, à une loi de C. Gracchus *(lex Sempronia judiciaria)* transférant les fonctions judiciaires à l'ordre équestre, à l'exclusion des sénateurs (5). Les chevaliers restèrent en somme en possession de ces fonctions jusqu'à la dictature de Sylla (6), mais non sans luttes, non sans des interruptions et des restrictions, sur lesquelles les informations sont très incomplètes, mais qui n'ont pas une grande importance pour l'ensemble de la question. Un détail particulier qui mérite d'être relevé nous est fourni par les fragments d'une *lex de repetundis* (7) ; on y voit, en effet, que, pour une seule *quæstio*, celle qui avait à juger les affaires de concussion, le préteur qui avait la direction de ce tribunal devait dresser annuellement une liste spéciale de 450 juges pris parmi les citoyens de rang non sénatorial (la première année, comme il n'y avait pas

(3) Polybe, VI, 17 :

ἐκ τῆς συγκλήτου ἀποδίδονται κριταί τῶν πλείστων καί τῶν δημοσίων καὶ τῶν ἰδιωτικῶν συναλλαγμάτων, ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων.

En donnant cette définition, l'auteur songeait sans doute aux causes portées devant les édiles ou les *decemviri*. Comp. Plutarque, *Ti. Gracchus*, 16.

(4) Plutarque, *ibid.* ; Dion Cassius, *Fragm.*, LXXXIII, 7 ; Macrobe, *Sat.*, III, 14, 6 (II, 10).

(5) Vellejus Pat., II, 6, 32 : « Judicia a senatu ad equites translata sunt » ; Tac., *Ann.*, XII, 60 ; Florus, II, 1, 5 ; Appien, *Bell. Civ.*, I, 22 ; Cic., *in Verr. act.*, I, 13, et les commentaires du pseudo Asconius sur ce passage ; Pline, *Hist. nat.*, XXXIII, 34, en parle en termes peu clairs et déclamatoires ; Varron, dans Nonius, p. 454. — Plutarque *(C. Gracchus*, 5) parle d'une combinaison des sénateurs avec trois cents chevaliers désignés pour remplir en commun les fonctions de juges ; d'après Tite-Live, *Epit.*, LX, la loi de Gracchus avait pour objet d'ajouter aux sénateurs un nombre à peu près double de chevaliers, soit six cents. Ces deux indications reposent toutefois sur une étonnante confusion avec la loi de Servilius Cæpio ou avec celle qui fut proposée en l'an 91 par M. Livius.

(6) Cic., *in Verr. act.*, I, 13 : « Annos prope quinquaginta continuos » ; il y a là une exagération. Comp. Vellejus Paterc., II, 32.

(7) Bruns, *Fontes jur. Rom.*, p. 52 ; *Corp. Inscr. Lat.*, I, p. 49. Ces fragments appartiennent très probablement à une loi *Acilia* rendue peu après C. Gracchus.

encore de préteur nommé pour cela, le choix des juges *(lectio)* devait être fait par le préteur des étrangers) (8).

Sylla rendit aux sénateurs, dont il avait doublé le nombre, le droit de fournir le personnel des juges et en exclut les chevaliers (9). En l'an 70 le préteur Aurelius Cotta proposa et fit voter une loi *(Lex Aurelia judiciaria)* qui reprenait l'idée fondamentale de la *lex Plautia* consistant à ne pas se restreindre aux deux ordres supérieurs pour la composition du rôle des juges, mais qui écartait en revanche l'élection par le peuple ; elle répartissait les places entre les divers ordres d'après une règle fixe, et pour les membres purement plébéiens elle exigeait un cens déterminé, comme garantie d'une certaine indépendance et d'une certaine éducation (cette condition était du reste nécessaire, les fonctions des juges étant gratuites) ; de cette façon, la liste se composait de sénateurs,

(8) La prescription exigeant le *census equester* a été introduite par une conjecture qui n'a rien d'invraisemblable dans deux passages où le texte présentait des lacunes. On est tenté de croire que la loi de C. Gracchus se bornait à consacrer d'une manière générale, le transfert aux chevaliers des attributions judiciaires et que les détails de l'application aux différentes *quæstiones* furent réglés par des lois spéciales. Les *leges judiciariæ* d'une portée générale qui sont mentionnées comme remontant à cette période sont : (a) La *lex Servilia Cæpionis* (106 av. J.-C.) qui, selon Tacite *(Ann.*, XII, 60), aurait rendu les tribunaux au Sénat ; d'après Julius Obsequens (ch. 41 (101)) et la chronique de Cassiodore, elle se serait bornée à répartir entre les deux ordres les fonctions de juges. Cicéron enfin dit de cette loi qu'elle avait été rendue seulement dans l'intérêt du Sénat (de *Orat.*, II, 48 ; *de Invent.*, I, 49 ; *Brutus*, 44) et qu'elle fut mal accueillie des chevaliers, ce qui pourrait aussi s'expliquer par le partage opéré entre les deux ordres ; mais il semble résulter d'un autre passage (Asconius, *ad Cic. pro Cornel.*, p. 107) que c'est seulement à partir de la *lex Plautia* que des sénateurs et des chevaliers ont siégé côte à côte dans les tribunaux. Nous ignorons pendant combien de temps cette loi *Servilia* resta en vigueur, mais ce qui est certain, c'est que, en l'an 92, lors de la condamnation de P. Rutilius Rufus, les chevaliers composaient seuls les tribunaux. — (b) La *lex Livia*, proposée en l'an 91 par le tribun du peuple M. Livius Drusus, partageait les fonctions judiciaires entre les sénateurs et trois cents chevaliers romains choisis à cet effet. (Voy. Tite-Live, *Epitome*, LXXI.) Appien, *Bell. civ.*, I, 35, on a cru que ce passage signifiait que les trois cents chevaliers avaient été reçus sénateurs, le texte ne dit rien de semblable ; en revanche Aurelius Victor, *Vidis illus.*, 66, le dit expressément ; Vellejus Paterculus présente la loi (II, 13) comme ayant restitué au Sénat le droit de composer les tribunaux) ; la loi *Livia* fut du reste rapportée la même année, tout comme les autres *leges Liviæ.* — (c) La loi *Plautia*, présentée en 89 par le tribun M. Plautius Silvanus, d'après laquelle chaque tribu devait élire quinze de ses propres membres, sans distinction de classe, pour figurer dans la liste des juges. (Ascon., *ad Cic. pro Corn.*, p. 107). Cette loi paraît aussi avoir été de courte durée, car on n'en rencontre plus tard aucune mention, et l'on sait que dans les temps immédiatement antérieurs à la dictature de Sylla l'ordre équestre était encore en possession des tribunaux.

(9) Vellejus Pat., II, 32 ; Tac., *Ann.*, XI, 22. Dans plusieurs endroits Cicéron fait allusion, en marquant sa désapprobation, au fait que les tribunaux sont composés exclusivement de sénateurs. Ces allusions sont surtout fréquentes dans le discours

de chevaliers et de *tribuni aerarii* (voy. chap. II, § 17), pris sans doute en nombre égal dans chaque ordre (10).

Tant que les juges se recrutèrent exclusivement parmi les sénateurs dont chacun était présumé d'une parfaite honorabilité, il ne put, comme nous l'avons dit, être question d'un choix parmi les personnes, et l'on procéda plutôt par voie d'élimination en faveur de ceux qui pouvaient faire valoir des motifs de dispense ou d'empêchement ; mais dès que l'on admit les chevaliers, dont le nombre était considérable, et les *tribuni ærarii*, certainement tout aussi nombreux, un choix ou un triage devenait absolument indispensable, et ce choix *(dilectus et notatio judicum)* (11) se renouvelait chaque année, sans doute sous la forme d'une révision de la liste de l'année précédente, que l'on complétait en même temps ; dès lors tous les membres de ce corps judiciaire, indistinctement, sont désignés sous le nom de *judices lecti* ou *selecti* (12). D'après Cicéron (13), le préteur urbain procédait chaque année à l'établis-

pro Roscio Amerino et dans les Verrines (en particulier dans la *divinatio*, l'*actio* I et l'*actio* II, 1, 2). Un fait qui caractérise bien le genre d'Appien et de Plutarque, c'est que ni l'un ni l'autre de ces deux historiens ne mentionne cette réorganisation dans le nombre des mesures introduites par Sylla. L'*Epitome* de Tite-Live ne parle pas non plus de ce changement.

(10) Cic., *pro Cluentio*, 47 ; Ascon., *ad Cic. in Pison.*, p. 129 ; *pro Corn.*, p. 98 et p. 107 ; Suétone, *César*, 41 ; Dion Cassius, XLIII, 25. Vellejus Pat. (II, 32) dit que, d'après cette loi, les sénateurs et les chevaliers étaient répartis *æquabiliter* entre les tribunaux, et Cicéron omet aussi parfois les *tribuni ærarii (pro Cluentio, I, c., pro Fonteio*, 12), tandis qu'ailleurs il en fait mention *(ad Q. fratr.*, II, 6, 16 ; *ad Att.*, I, 16) comme faisant partie de la liste des juges ; il faut croire que dans les premiers passages il les comprend dans la dénomination générale de chevaliers, attendu que, comme eux, les *tribuni ærarii* devaient leur titre à la possession d'un cens déterminé Plutarque *(Pompée*, 22) et l'abréviateur de Tite-Live *(Epitome*, XCVII) racontent la chose comme s'il s'agissait simplement de la restitution aux chevaliers du privilège de fournir les membres des tribunaux. — Il est évident que le nombre de juges fourni à la liste par chacun des trois ordres devait être le même ; cela résulterait déjà de l'expression *aequabiliter* employée par Vellejus et de l'antécédent établi par la *lex Livia ;* en outre, sans cela, l'influence aussi bien que les charges auraient été inégalement réparties entre les trois classes, puisque, d'après des renseignements très positifs, un nombre égal de membres de chaque ordre devait siéger dans chaque procès public *(causa publica)*. Voy., outre les passages cités des lettres de Cicéron, les détails fournis par Asconius sur les résultats des votes, à la fin de ses commentaires sur les discours *pro Scauro* et *pro Milone*.

(11) Cic., *Phil.*, V, 5.

(12) Cic., *pro Cluentio*, 43, d'après les meilleurs manuscrits, on lit *lecti ; in Verr.* II, 13, *selecti ;* il s'agit dans ce dernier passage d'une liste de juges provinciaux. Horace *(Sat.*, I, 4, 123) parle de l'admission sur la liste comme étant la preuve d'une réputation sans tache. Ovide, *Amores*, I, 10, 38 ; *Tristia*, II, 132 ; Sénèque, *de Benef.* III, 7 ; Pline, *Hist. nat.*, XXXIII, 31.

(13) *Pro Cluentio*, 43.

sement de la liste après avoir prêté serment spécial et en se conformant aux diverses prescriptions déterminant les cas d'exclusion *(de quibus causis judicem legi non liceat* (14); nous ne les connaissons peut-être pas toutes ; en tous cas, le *judicium turpe* en faisait partie. Les élus étaient inscrits au rôle *(album judicum)* (15) qui était déposé ou affiché à l'*ærarium* (16).

Si certains personnages recherchaient l'honneur d'être admis sur la liste, à cause de la considération et de l'influence qui s'y attachaient (17), d'autres au contraire, s'efforçaient d'échapper à ces fonctions pénibles et qui avaient sans doute souvent leurs désagréments (18) ; ces derniers profitaient volontiers des dispenses que la loi accordait dans certains cas *(vacationes judicandi)*. Ainsi Cicéron (19) rapporte que Scipio l'Africain le Jeune, demanda à être dispensé en qualité d'augure, mais qu'il ne pût l'obtenir ; il résulte de deux passages des lettres à Atticus, qui jusqu'ici avaient été mal lus, que bien des gens, à cette époque, sollicitaient des gouverneurs de provinces d'être appelés par eux à une *præfectura* purement nominale, afin d'être exemptés des fonctions judiciaires, exemption accordée aux préfets parce qu'on admettait naturellement qu'ils étaient absents pour affaires officielles *(abesse rei publicæ causa)* (20). D'après la *lex Papia Poppæa*, la *vacatio judicandi* était l'une des récompenses accordées à ceux qui possédaient des enfants (21). Nous parlerons plus loin des vœux qui se

(14) La *lex Acilia* (voy. plus haut, note 6), qui a trait aux *judicia repetundarum* pour lesquels elle instituait une liste spéciale de juges, excluait de cette liste les sénateurs, leurs pères, fils et frères, et de plus « qui mercede conductus depugnaverit, quive quæstione judicioque publico condemnatus sit, quo circa eum in senatum legi, non liceat » ; enfin elle exigeait que les juges eussent plus de trente ans et moins de soixante, et qu'ils fussent domiciliés dans la ville de Rome ou dans un rayon de mille pas. (Bruns, *Fontes jur. Rom.*, p. 55 et suiv.)

(15) Cette manière de désigner la liste figure pour la première fois dans Asconius, p. 147 (éd. Hot.), et dans Suétone, *Claude*, 16 ; *Domitien*, 8.

(16) Cic., Phil., V, 5. — La *lex Acilia*, ligne 14, ordonne que les noms des juges choisis soient écrits en noir sur un tableau blanc *(in tabula, in albo, atramento scripta)* et exposés en public.

(17) Cic., *in Pison.*, 39.

(18) Dion Cassius, LIV, 18, semble faire allusion à une disposition qui aurait gêné les juges dans leurs relations privées ; mais il y a là une méprise qui pourrait bien provenir d'une faute de copiste.

(19) *Brutus*, 31; les deux lettres dont il est question un peu plus loin dans le texte sont *ad Atticum*, V, 7 et 11.

(20) Voy. plus haut, p. 67, note 40.

(21) Suétone, *Claude*, 19. — D'après un passage peu clair de Frontin (de *Aquis*, 101), il semblerait que les *curatores aquarum* (et sans doute aussi les *curatores frumenti*

firent jour à l'époque impériale tendant à l'augmentation de la liste et à la prolongation des vacances des tribunaux.

Dès le temps de Sylla, où tous les juges inscrits sur les rôles étaient sénateurs, les membres du corps judiciaire étaient divisés en deux décuries (22), probablement afin qu'on pût mieux répartir entre eux les affaires ; on s'explique dès lors que, lorsque fut rendue la *lex Aurelia*, on ait introduit une division en trois décuries, selon les ordres, comme cela ressort des récits concernant Jules César et M. Antoine (nous y reviendrons un peu plus loin). Quant à la façon dont les juges devaient être choisis dans chacun des trois ordres, des prescriptions détaillées et qui, par conséquent, devaient être nécessairement suivies par le préteur, furent introduites par une loi de Pompée, rendue sous son second consulat, en l'an 55 ; toutefois nous ne possédons sur son contenu que des indications assez vagues (23). En 52, année pendant laquelle il fut consul unique *(sine collega)* et au milieu des troubles qui suivirent la mort de Clodius, Pompée présenta une loi sur la brigue (la *lex de vi* avait un caractère plus passager) qui, outre les dispositions spéciales relatives à la *quæstio de ambitu*, devait aussi en contenir de plus générales sur la procédure à suivre devant tous les tribunaux de ce genre et sur la formation de la liste des juges, dont le nombre était fixé à 360, pris dans tous les ordres (24). Il semble même que le premier établissement de la liste d'après cette loi ait été confié à Pompée en personne, attendu qu'à ce moment il n'y avait pas de préteur, et cela non seulement pour le tribunal extraordinaire et spécial institué pour juger des actes de violence *(quæstio de vi et de cæde in via Appia facta)* (25), mais pour tout l'ensemble des tribunaux (26). Jules César, pendant sa dictature,

et *viarum)* étaient dispensés, sous Auguste, pendant un trimestre de fonctionner comme juges dans les *judicia publica* et *privata*.

(22) Cic., *in Verr.*, I, 61 ; II, 32.

(23) Cic., *in Pison.*, 39, et le commentaire d'Asconius « Pompejus promulgavit ut amplissimo ex censu ex centuriis aliter atque antea lecti judices, æque tamen ex illis tribus ordinibus res judicarent. » Comp. *Phil.*, I, 8 ; Pseudo-Salluste, *de Republ. ordin.*, II, 3.

(24) Asconius, *argum. Milon.*, p. 145 ; Cic., *Brutus*, 94 ; *de finib.*, IV, 1 ; *Dial. de Orat.*, 38 ; Dion Cassius, XL, 52, qui affirme que les dispositions de cette loi étaient applicables à toutes les *quæstiones*. Vellejus Pat., II, 76 ; Plutarque, *Pompejus*, 55. Comp. aussi les *Opuscula academica* de l'auteur, II, p. 246 et suiv.

(25) Cic., *pro Milone*, 38 ; *ad famil.*, VII, 3.

(26) Dion Cassius, l. c. ; Cic. (Cælius), *ad famil.*, VIII, 8 ; *ad Att.*, VIII, 15, dans

exclut des tribunaux les *tribuni œrarii*, en sorte qu'il n'y resta que des sénateurs et des chevaliers (27) ; on peut même admettre (voir plus loin en ce qui concerne l'époque impériale) que, pour augmenter le nombre des juges, augmentation dont le besoin se faisait sentir de plus en plus, l'ordre équestre dut fournir à la liste un contingent plus considérable que le sénat, car plus tard on ne retrouve aucune trace de la limitation du nombre des juges, telle qu'elle avait été introduite par Pompée. Après la mort de César, M. Antoine proposa une loi qui ne fut jamais mise en vigueur, instituant une troisième décurie de juges *(tertia decuria judicum)* (28) qui devait se recruter parmi les centurions et les personnages occupant une situation analogue, et qui aurait ainsi pris la place qu'avaient eue auparavant les *tribuni œrarii*.

En tout cas, même après César, la liste des juges, qui ne comprenait plus que des sénateurs et des chevaliers, continua à compter trois décuries ; on sait, en effet, qu'Auguste, trouvant encore le nombre des juges trop restreint, ajouta une quatrième décurie (29) composée de *ducenarii*, c'est-à-dire de citoyens possédant un cens de 200.000 sesterces (comp. *libertus centenarius)* qui devaient juger *de levioribus summis* et étaient par conséquent d'un rang inférieur (30). Ces *decuriœ judicum selectorum* furent maintenues sous l'empire (31) ; sous Caligula on en ajouta même une cinquième (32), et plus tard Galba se refusa à en créer une

cette dernière lettre, écrite en l'an 49, les trois cent soixante personnages portés sur la liste des juges sont désignés comme dévoués à Pompée. Il y a une allusion du même genre aux trois cent soixante dans une autre lettre de Cicéron (ad. Att., IX, 13, § 4), comme l'a démontré M. Madvig dans la *Nordisk Tidskrift for Philologi*, nouv. sér., III, p. 137.

(27) Suétone, *César*, 41 ; Dion Cassius, XLIII, 25 ; comp. Cic., *Phil.*, I, 8 : « Leges *judiciariœ Cœsaris* ».

(28) Cic., *Phil.*, V, 6 ; XIII, 2, 18. D'après *Phil.*, V, 5, Antoine paraît s'être réservé de désigner lui-même les juges qui seraient appelés à faire partie de cette décurie.

(29) Suétone, *Auguste*, 32.

(30) On a prétendu qu'Auguste avait d'abord rétabli une troisième décurie composée de *tribuni œrarii* (nom qui disparaît complètement après César), et en avait ensuite ajouté une quatrième ; mais cette opinion est tout à fait erronée ; c'est la quatrième décurie, qui par le cens même exigé pour en faire partie, correspondait aux *tribuni œrarii*. Trois décuries prises dans deux ordres n'ont rien de plus étonnant que deux décuries prises dans un seul ordre, comme c'était le cas avant la *lex Aurelia*.

(31) Voir les passages de Sénèque et de Pline cités note 11.

(32) Suétone, *Caligula*, 16.

sixième (33). On sait que parfois les listes de ces décuries étaient révisées par les empereurs mêmes, opération qui était évidemment en connexité avec la revision de la liste des chevaliers, et il est aussi fait mention de l'admission des provinciaux (34) ; mais nous ne savons rien ou presque rien des détails de cette organisation et de la part que les magistrats pouvaient prendre à la revision. L'ordre équestre devait fournir la plus grande partie de la liste des juges, car le Sénat, sur les six cents membres qu'il compta après Auguste, et dont beaucoup n'étaient pas disponibles, ne pouvait donner qu'un contingent assez faible ; et c'est aussi ce que semble indiquer Sénèque (35). Pline dit qu'à l'époque où il n'y avait que quatre décuries (par conséquent avant Caligula) et où l'on n'y admettait pas encore de provinciaux, chacune comptait environ mille membres (36). La dernière mention faite par un auteur d'un corps aussi nombreux de citoyens appelés à remplir les fonctions judiciaires, se trouve dans Aulu-Gelle (37), où la désignation des membres est attribuée aux préteurs et où leurs fonctions sont restreintes aux *judicia privata* (sur les derniers temps de l'empire, voir plus loin § 14.)

Le magistrat compétent appelait à fonctionner effectivement

(33) Suétone, *Galba*, 14. Dans les inscriptions du 1er siècle de l'empire, on rencontre soit la désignation générale de *judices selecti* (Orelli, 3349 : *judici de selectis ;* 6158 : *adlectus inter selectos ab imp. Cæs Aug. ;* 6998 : *inter selectos judices)*, soit celles de *judex* des décuries (Discours de Claude *de Civit. Gallis danda* dans Bruns, *Fontes jur. Rom.*, p. 192 : « dicuntur nonnulli *adlecti in decurias* Romæ res judicare »,) soit enfin celle de juge d'une décurie déterminée, ordinairement en ajoutant le mot *selectus* (Orelli, 73 : *judex e V decuria inter selectos ;* 2179 : *judici ex V decuria selecto ;* comp. 3899, 3900, 6466.) Ces inscriptions ne permettent nullement de conclure que les *selecti* aient constitué une classe à part dans la catégorie générale des *judices ;* en revanche, on remarque que les trois premières décuries ne sont jamais spécifiées, mais seulement la quatrième et la cinquième, d'où il semble résulter que ces dernières occupaient un rang inférieur, bien que quelques-uns de leurs membres fussent revêtus de la dignité de chevaliers ; quant à la classe spéciale des *ducenarii*, elle n'est mentionnée nulle part, sauf dans le passage déjà cité de Suétone.

(34) Voy. t. I p. 190, n. 41, les passages des auteurs sur cette question. — On a voulu conclure d'un passage obscur de Dion Cassius, dont nous avons déjà parlé (LIV, 18), qu'Auguste avait dressé la liste des juges par tirage au sort, mais cette opinion, invraisemblable par elle-même, est en contradiction avec les témoignages de tous les autres auteurs. M. Madvig a donné une explication plausible de ce passage dans la *Revue de philologie*, 1878, p. 184 ; il suppose que l'historien a voulu parler du tirage au sort des jurés qui devaient siéger dans chaque procès, mais qu'il n'avait pas une idée bien nette des choses.

(35) *De Benef.*, III, 7.

(36) Hist. nat., XXXIII, 30 : « nondum provinciis ad hoc munus admissis. »

(37) XIV, 2.

dans chaque affaire, en qualité de juge, un ou plusieurs des membres portés sur la liste générale qui servait à la *juris dictio* dans la capitale et dans les procès désignés sous le nom de *quæstiones ;* les juges ainsi désignés constituaient une cour de justice dans le sens strict de ce mot. Quant à la façon dont ils étaient désignés ainsi dans chaque cas spécial, c'est une question qui rentre dans la procédure proprement dite et sur laquelle nous aurons à revenir.

---

8. — Henry John **Roby. Roman Private Law in The Times of Cicero and of the Antonines.** (Le droit privé romain à l'époque de Cicéron et des Antonins). **Cambridge 1902.** Vol. II. pages 322-323.

« Les *Judices*, d'après Polybe (VI, 17), étaient choisis, dans la plupart des procès importants, sur la liste des Sénateurs, qui furent cependant privés de cette fonction par C. Gracchus. Il les remplace par des *equites* (lex Sempronia 122 av. J.-C. : Vel. II 6 ; Cic. *Verr.* I, 13, § 38). Dans le discours de Cicéron *pro Rosc. Com.*, 14, § 42, il est fait mention d'un procès privé dans lequel un *eques* agit en qualité de *judex*, mais la date du procès est incertaine (voyez page 502). En 81 av. J.-C., Sulla, en sa qualité de dictateur, rendit au Sénat son ancien statut (cf. Cic. *Verr.* III, 41, § 96.) En 70 av. J.-C., L. Aurelius Cotta dressa une liste distincte sur laquelle les *judices* devaient être choisis, composés de trois *decuriæ*, une de *senatores*, une d'*equites*, et une de *tribuni aerarii* (Ascon. in Corn., p. 78 ; Bait, *in Pison*, p. 16 ; Cic., *Att.* I, 16, § 4, etc..) qui paraissent avoir constitué une classe de plébéiens d'un certain rang et avoir un rang immédiatement inférieur, ou parfois égal à celui des *equites* (Cic., *Cat.* IV, 7, § 15 ; *Flac.*, 2, § 4 avec *Schol.* Bob. *ad loc.*, etc...) Il y a lieu de supposer qu'un nombre égal était pris dans chacune des trois classes. La liste *(Album judicum)* était révisée par les préteurs probablement chaque année (Cic. *Clu.*, 43, § 121). »

---

9. — J.-B. Moyle. **Imperatoris Justiniani Institutiones.** (Institutiones de l'Empereur Justinien). **Oxford 1883.** Seconde édition, 1890, t. I, pages 632, 634-636.

« Les Tribunaux romains devinrent les organes de la Souveraineté nationale à une date exceptionnellement ancienne et le développement du droit romain fut exceptionnellement rapide », par conséquent, il nous est possible de combler la lacune entre le système primitif de la vengeance privée et la procédure du droit civil romain, la plus ancienne qui nous soit connue, moins en recherchant cette incorporation graduelle de la justice privée dans une procédure régulière, qu'à l'aide d'autres indications d'idées plus avancées. Celles-ci, dans l'ensemble, sont au nombre de trois : l'introduction et l'idée de la transaction au sujet d'un dommage; le système consistant à garantir les droits d'un homme par une action collective à l'aide de témoins ; et la décision contractuelle des litiges...

. . . .

III. — La décision contractuelle des litiges prit deux formes : La première consistait dans l'option que le demandeur donnait à son adversaire de nier sous serment, sa responsabilité, ou, à défaut, d'être considéré comme reconnaissant celle-ci ; elle demeura une institution permanente jusqu'à l'époque de Justinien dans le Digeste duquel (12, 2, 38) nous lisons « manifestæ turpitudinis et *confessionis* est nolle nec jurare nec jusjurandum referre ». L'autre consistait à remettre l'affaire, par consentement mutuel, à l'arbitrage. C'est incontestablement de cette forme que dériva tout le système d'actions portées devant un juge ou des juges. Les juges les plus anciens tiraient leur autorité, telle qu'elle était, non de l'État mais de la soumission volontaire des parties, et Sir Henry Maine a montré (1) par un examen de la procédure

(1) *Ancient Law*, p. 375 seq.

civile romaine la plus ancienne, que le magistrat, même lorsqu'il était chargé par l'État de l'Administration de la Justice, conservait le souvenir de l'origine historique réelle de ses fonctions, en « simulant soigneusement la manière de faire d'un arbitre privé appelé par hasard ». Les juristes romains ultérieurs, quoique frappés par la similitude de procédure entre une action ordinaire et une soumission à l'arbitrage, se rendirent coupables d'un curieux anachronisme en faisant dériver la deuxième de la première :

« Compromissum (dit l'un d'eux), ad similitudinem judiciorum redigitur », mais le fait est que l'action dériva de l'arbitrage et le juge ne fut à l'origine qu'un arbitre non officiel : c'est là un fait dont on observe les traces dans toute l'histoire du droit romain. Ainsi, aucune action ne pourrait être validement entamée, encore moins poursuivie jusqu'au jugement, à moins que le Tribunal n'eût les deux parties devant lui ; car l'arbitrage ne peut avoir lieu que par consentement, non par un acte unilatéral de l'une d'elles sans l'autre. Avec beaucoup plus de force encore, il nous est rappelé la manière dont le juge des temps primitifs acquérait sa juridiction, par cette règle essentielle qu'il ne pouvait être imposé à une partie aucun juge dont elle ne reconnaissait pas l'intégrité et la compétence : « Neminem », dit Cicéron « voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. » De là, vient aussi l'autorité limitée, à notre avis, du juge romain ; il n'a aucun « imperium » ; il ne peut contraindre les parties à aucun acte ou à aucune renonciation ; il n'est qu'un arbitre qu'ils ont choisi, et à la désignation duquel le magistrat a prêté son concours ; tout ce qu'il a à faire est de résoudre les questions qui lui sont soumises, dans la mesure où les parties peuvent le lui permettre ; il doit leur laisser à eux-mêmes la réalisation (par l'exécution) du droit qu'il affirme. Le point précis qu'il doit réellement fixer est tout d'abord soigneusement laissé dans l'ombre, caché derrière un pari ; la décision n'est pas un ordre ou une injonction, mais l'expression d'une opinion (sententia, pronuntiato).

En Angleterre, nous savons par des documents authentiques avec quelle rapidité le procès avec jury dans les causes civiles,

quoique facultatif dans la plupart des cas, remplaça les méthodes plus barbares d'appel aux témoignages d'épreuve judiciaire, et d'épreuve par combat, et que ce résultat fut largement dû au sentiment que le nouveau système était plus juste et plus raisonnable. Nous pouvons difficilement douter que ce soit beaucoup pour les mêmes raisons que la pratique de l'arbitrage devint chaque jour plus en faveur auprès des Romains. Lorsque l'autorité politique a enfin acquis un appui solide, le magistrat est graduellement préféré par les parties à un citoyen arbitre, peut-être parce qu'ils sont convaincus qu'il est plus sage et plus impartial ; si c'est un roi, peut-être aussi parce qu'ils croient que son origine divine lui confère le sentiment de la justice et une sorte de compétence supérieure à celle des simples humains. Finalement, la fonction judiciaire est reconnue comme appartenant à l'État ; bien que les mesures primitives survivent dans une certaine mesure dans toute leur grossièreté et bien que l'administration de la justice par l'État, porte, d'une façon encore plus considérable, les traces des conditions sociales qui précédèrent l'organisation politique, néanmoins la manière actuelle de résoudre une question litigieuse consiste à aller devant le magistrat et les règles de procédure civile ont commencé à prendre de la stabilité. Des tribunaux ont été institués ; leur mode d'action est prescrit par la loi ; toute tentative d'échapper à leur autorité en recourant à d'autres méthodes pour obtenir satisfaction, sauf dans certains cas bien déterminés, est considérée comme une violation de la loi et une rupture de la paix.

Telle est la condition des institutions judiciaires les plus anciennes à Rome, au sujet desquelles nous ayons des renseignements quelconques.

---

10. — Articles of Confederation and Perpetual Union betwen the [American] States. (Articles de Confédération et d'union perpétuelle entre les États [Américains], 15 novembre 1777. (1).

Article premier

La Confédération sera dénommée « Les États-Unis d'Amérique ».

Article II

Chaque État conserve sa souveraineté, sa liberté, son indépendance et tous les pouvoirs de juridiction et de droit qui, en vertu de cette Confédération, ne seront pas expressément délégués aux États-Unis réunis en Congrès. . . . . .

Article IX

Les États-Unis réunis en Congrès, auront le droit unique et exclusif..... d'élaborer des règlements en vue de décider de la légalité des captures sur mer et sur terre et de dire de quelle façon les prises effectuées par les forces de terre ou de mer au service des États-Unis seront partagées ou attribuées, — d'accorder des lettres de marque et de reprise en temps de paix, — de désigner les tribunaux à l'effet de juger les actes de piraterie ou de félonie commis en haute mer et d'installer des tribunaux d'appel en dernier ressort pour les cas de capture, sous la réserve qu'aucun membre du Congrès ne pourra remplir les fonctions de juge dans aucun de ces tribunaux.

(1) Signés, le 1er mars 1781, par le dernier des 13 premiers États compris dans la confédération, ils sont entrés en vigueur à partir de cette date.

Les États-Unis réunis en Congrès forment la juridiction d'appel en dernier ressort pour toutes les questions ou litiges actuellement pendants ou pour ceux qui pourraient surgir entre deux ou plusieurs États au sujet des frontières, de la juridiction ou de toute autre cause quelconque, et cette autorité sera exercée comme il est stipulé ci-après. Lorsque l'autorité législative ou exécutive, ou que le représentant qualifié d'un État en discussion avec un autre État présentera une pétition au Congrès, faisant l'exposé de l'affaire et sollicitant des débats, avis en sera donné sur l'ordre du Congrès aux autorités législatives ou exécutives de l'autre État, et une date sera fixée pour la comparution des parties représentées par leurs mandataires qualifiés qui seront alors invités à désigner, par consentement réciproque, des commissaires ou des juges devant composer le tribunal qui jugera l'affaire en question. Mais, s'ils ne peuvent se mettre d'accord, le Congrès désignera trois personnes prises dans chacun des États et, sur cette liste, chaque partie en rayera successivement une, en commençant par le demandeur, et cela jusqu'à ce que le nombre des personnes soit réduit à treize. Le Congrès procédera alors au tirage au sort de sept noms au moins et de neuf au plus, et les personnes dont les noms seront sortis, ou cinq d'entre elles, seront désignées comme commissaires ou juges chargés de décider finalement du litige, sous réserve toujours que la majorité des juges chargés de prononcer la sentence seront d'accord sur celle-ci ; si l'une des parties fait défaut, et ce sans raisons valables à la satisfaction du Congrès, ou si, bien que présente elle refuse de biffer comme il a été dit, le Congrès procédera à la nomination de trois personnes prises dans chaque État et le Secrétaire du Congrès biffera pour le compte de la partie absente ou refusante ; le jugement et la sentence du tribunal, désigné dans la forme prescrite, seront définitifs ; et, si l'une des parties refuse de se conformer à l'autorité de ce tribunal, ou de comparaître ou de soutenir sa plainte ou réclamation, la Cour prononcera néanmoins sa sentence ou jugement qui deviendront également définitifs, le jugement ou sentence ou autre procédure seront en tout cas transmis au Congrès pour la sauvegarde des parties en cause, sous réserve que chaque commissaire, avant de siéger, aura prêté serment devant un des juges de la Cour Suprême ou Supérieure de l'État dans lequel la cause

sera jugée, et dans la forme « de vouloir sincèrement et convenablement juger la cause en question, d'après sa meilleure appréciation, sans faveur, et sans espoir de rémunération »; sous réserve également qu'aucun État ne sera diminué de territoire au profit des États-Unis.

Tout litige relatif à la propriété du sol par suite de concessions de deux États ou plus, dont les juridictions concernant lesdites terres et les États qui ont accordé lesdites concessions sont établies, lesdites concessions ou celles d'entre elles qui seraient en même temps réclamées comme ayant une origine donnant droit à une telle juridiction, devra, sur pétition présentée au Congrès par l'une des parties, être jugée en dernier ressort, autant que possible, dans la forme qui a été indiquée pour juger les questions territoriales entre les différents États. . . . .

. . . .

11. — J. C. BANCROFT DAVIS. **Federal Courts prior to the Adoption of the Constitution.** (Les tribunaux fédéraux antérieurs à l'adoption de la Constitution). **New-York, 1889,** p. i. — l x i i i.

INTRODUCTION

La "Loi pour établir les Tribunaux judiciaires des États-Unis" (I, Stat. 74) fut approuvée par le Président Washington, dans la Cité de New-York, le 24 septembre 1789. Elle disposait, dès les premiers mots « que la Cour suprême des États-Unis sera composée d'un « Chief Justice » et de cinq Juges Associés; quatre quelconques d'entre eux constitueront un quorum et tiendront annuel-

(1) Publié en 1889 comme Appendice aux 131 Rapports des États-Unis, p. L-L XIII, par Banks et Brothers, reproduit ici avec l'autorisation de Banks Law Publishing Company.

lement, au siège du Gouvernement, deux sessions, l'une commençant le premier lundi de février et l'autre le premier lundi d'août (1).

Le 26 du même mois, John Jay, Esq., de New-York fut nommé « Chief Justice » de la nouvelle Cour, et John Rutledge, de la Caroline du Sud, Juge Associé. William Cushing, Esq., de l'État de Massachussets, fut nommé Juge Associé le 27 ; Robert-H. Harrison, de Maryland, le 28 ; James Wilson, Esq., de Pensylvanie, le 29 ; et John Blair, Esq., de Virginie, le 30 du même mois. La Cour s'organisa dans la Cité de New-York, le premier lundi du mois de février suivant (le 1er) et s'ajourna *sine die* le 10 février 1790. A la date de l'ajournement, M. James Iredell, de la Caroline du Nord, fut nommé Juge Associé, à la place de M. Harrison qui donna sa démission. Il débuta dans ses fonctions le 2 août 1790, à l'ouverture de la session d'août.

On voit ainsi que le premier siècle d'existence de cette Cour expire entre la clôture de la présente session et l'ouverture de la session d'octobre 1889. Étant donné ce fait, après consultation avec des amis dans le jugement desquels j'ai toute confiance, j'ai réuni plusieurs questions se rapportant à l'histoire judiciaire et aux décisions des tribunaux les plus élevés des États-Unis antérieurement à l'adoption de la Constitution, et je les ai placées dans cet Appendice afin qu'elles puissent être conservées avec les décisions du tribunal le plus élevé depuis son adoption, croyant qu'elles seront intéressantes et utiles pour l'avocat constitutionnel pratiquant aussi bien que pour l'étudiant de notre système judiciaire.

Le neuvième article des « Articles de Confédération et d'Union Perpétuelle » contenait les dispositions suivantes :

« Les États-Unis assemblés en Congrès auront le seul et exclusif droit et pouvoir de ... désigner des tribunaux pour juger les faits de piraterie et crimes commis en mer et d'établir des tribunaux pour recevoir et décider en dernier ressort des appels dans toutes les affaires de captures, pourvu qu'aucun membre du

(1) Le 10 avril 1869, 16 Stat. 144, une loi fut votée d'après laquelle « la Cour Suprême des États-Unis sera composée désormais du « Chief Justice » des États-Unis et de huit Juges Associés » ; cette loi est toujours en vigueur.

Congrès ne soit nommé juge de l'un quelconque desdits tribunaux.

« Les États-Unis assemblés en Congrès seront aussi le dernier ressort en appel dans tous les litiges et désaccords existant actuellement, ou qui pourront surgir par la suite, entre deux ou plusieurs États au sujet des frontières, de la juridiction, ou de toute autre cause quelle qu'elle soit... Tous litiges concernant le droit privé de terres revendiquées en vertu de différentes concessions de deux ou plusieurs États, dont les juridictions en tant qu'elles peuvent concerner de telles terres et les États qui ont voté de telles concessions sont réglées, lesdites concessions ou l'une quelconque d'entre elles étant en même temps présentées comme ayant une origine antérieure à ce règlement de juridiction, seront, sur la demande de l'une ou l'autre des parties, adressée au Congrès des États-Unis, jugés en dernier ressort, aussi exactement que possible, de la même manière que celle prescrite ci-dessus pour décider de litiges concernant la juridiction territoriale entre différents États. »

Ces articles furent finalement votés par le Congrès dans la séance du samedi 15 novembre 1777, et il fut ordonné qu'ils « seraient proposés aux Législatures de tous les États-Unis, pour être discutés, et s'ils sont approuvés par elles, elles sont conseillées d'autoriser leurs délégués à les ratifier au Congrès des États-Unis ; ce qui étant fait, ils deviendront définitifs ». Le 9 juillet 1778, « la ratification des Articles de la Confédération, grossoyés sur parchemin » fut portée devant le Congrès et fut signée « de la part et pour le compte de leurs États respectifs par les délégués de New Hampshire, Massachusetts Bay, Rhode Island, Pensylvanie, Virginie et de la Caroline du Sud ». La ratification de la Caroline du Sud fut faite le 21 juillet 1778 ; de Georgie le 24 juillet 1778 ; de New Jersey le 26 novembre 1778 et de Delaware le 5 mai 1779. Maryland attendit dans l'espoir d'obtenir une disposition relative à la tenure de terres publiques litigieuses, au profit de tous les États. Les négociations sur ce point prirent la forme d'un mémoire qui fut soumis au Congrès par les délégués de cet État pour le compte de l'État et occupèrent la séance du 21 mai 1779. Les choses en restèrent là, sans qu'il fût pris une mesure quelconque pour répondre aux désirs de l'État de Maryland jusqu'au 12 février 1781 ; à cette date, les délégués de cet État présentèrent au

Congrès une résolution de la législature de l'État, dans laquelle, après avoir déclaré qu'« il a été dit que l'ennemi commun est encouragé, par le fait que cet État ne se joint pas à la Confédération, à espérer que l'union des États pourra être dissoute et par conséquent poursuit la guerre, » comme étant la raison pour laquelle l'État devrait donner son adhésion, les délégués furent autorisés à apposer leurs signatures. Le 1er mars suivant les délégués de Maryland signèrent le parchemin grossoyé et ce jour-là tout le document fut enregistré, au complet, dans le compte-rendu officiel du Congrès, tel qu'il existe actuellement. La valeur de ces dates, en tant qu'elles sont relatives à l'action du Congrès sur ces questions, apparaîtra plus tard.

Le Congrès s'arrogea la juridiction des appels de jugements de Tribunaux d'Amirauté d'État dans les affaires de prises quelques années avant la ratification et l'adoption des Articles de Confédération ; et il créa un tribunal avec juridiction analogue environ un an avant cette date. Le Compte-rendu de ses opérations à cet égard et de celles du tribunal qu'il créa dans ce but, se trouve dans l'article intitulé « I. Cours d'Appel dans les Affaires de Prises ».

I. — Les Cours d'appel dans les affaires de prises.

L'idée d'un Tribunal fédéral, avec une juridiction s'étendant aux limites des territoires qui étaient alors les Colonies et Provinces Unies de la Grande-Bretagne dans l'Amérique du Nord, est due à l'initiative de Washington quelques mois avant que le Congrès ne secouât le joug britannique. Le 11 novembre 1775, il écrivit de Cambridge, Massachusetts, au Président du Congrès, joignant la copie d'une loi qui venait d'être votée par le Conseil et la Chambre des Représentants de cette Province (1) pour l'institution d'une Cour des Prises, et il ajoutait : « Un tribunal ne devra-t-il pas être institué, par autorité du Congrès, pour con-

(1) Cette loi est remarquable comme ayant été la première qui fut votée par l'une quelconque des Colonies pour l'armement des corsaires et pour l'institution d'un tribunal destiné à mettre en jugement et à condamner les bateaux capturés de l'ennemi. 3 Sparks' Washington, 154. Voyez aussi I Curtis' Hist. Constitution, 75-77.

naître des prises effectuées par des bateaux continentaux? Quel que soit le mode qu'il lui plaise (au Congrès) d'adopter, il y a une nécessité absolue à ce qu'il soit l'objet d'une décision rapide. »

Cette lettre fut communiquée au Congrès le vendredi 17 de ce même mois de novembre, et sur ce, il fut « *Résolu*, Qu'un Comité de sept membres sera nommé pour prendre en considération cette partie de la lettre du Général, qui se réfère à la manière de disposer de tels bateaux et cargaisons appartenant à l'ennemi qui tomberont entre les mains de, ou seront pris par, les habitants des Colonies Unies ». Un Comité fut choisi, composé de M. George Wythe, de l'État de Virginie, M. Edward Rutledge de la Caroline du Sud, M. John Adams, de Massachusetts, M. William Livingston, de New Jersey, du Dr Fraklin et de M. James Wilson, de l'État de Pensylvanie, et de Mr. Thomas Johnson. de Maryland.

Le 4 décembre 1775, Washington n'ayant pas connaissance de cette mesure prise par le Congrès écrivit de nouveau à son Président ce qui suit : « Il s'est passé quelque temps depuis que j'ai recommandé au Congrès d'instituer un tribunal pour juger des prises effectuées par les bateaux continentaux armés, ce qu'il aura, j'espère, déjà pris en considération ; sinon, je prendrais de nouveau la liberté d'insister pour cela de la manière la plus pressante. »

Le 23 novembre 1775, le Comité, auquel sa lettre du 11 novembre fut référée, apporta son rapport. Après en avoir écouté la lecture, le Congrès « ordonna qu'il fût déposé sur le bureau pour être lu par les membres ». Il fut « discuté par paragraphes » le 24 et le 25 et les résolutions qui l'accompagnaient furent adoptées à la dernière date. Elles autorisaient la capture de prises en pleine mer ; rendaient légales celles qui étaient déjà faites ; réglaient le taux de distribution de l'argent des prises (règlement qui fut modifié par la suite) ; disposaient que les procès en condamnation commenceraient en première instance devant les tribunaux coloniaux, et contenaient en outre la section suivante au sujet des appels :

« 6. — Que dans tous les cas un appel devant le Congrès ou devant telle personne ou telles personnes qu'il désignera pour les

procès d'appel, sera permis, pourvu que l'appel soit exigé dans les cinq jours qui suivront le jugement définitif et que ledit appel soit signifié au Secrétaire du Congrès dans les quarante jours qui suivront, et pourvu que la partie appelante donne la garantie de poursuivre ledit appel jusqu'à son plein effet ; et dans le cas de décès du Secrétaire durant la prorogation du Congrès, alors ledit appel sera signifié au Congrès dans les vingt jours qui suivront sa réunion. »

Lorsque Washington apprit cette décision, il écrivit au Président du Congrès (14 décembre 1775) : « Les résolutions relatives aux captures effectuées par les bateaux continentaux armés ne requièrent plus que l'institution d'un tribunal de jugement pour devenir complètes. J'espère que cela sera fait bientôt, ainsi que j'ai pris la liberté de le recommander souvent avec instance au Congrès. »

Les Colonies et les États acceptèrent d'une façon très générale l'avis du Congrès d'après lequel ils devraient organiser des tribunaux dans ce but ; mais ils le firent avec de jalouses réserves. La collection des lois dans la bibliothèque du Congrès nous permet de nous faire une idée générale de cette législation. Dans le New Hampshire, la loi fut votée le 3 juillet 1776, ainsi qu'il est indiqué tout au long dans *Penhallow c/ Doane*, 3. Dall., p. 57-59. Dans cette loi, le droit d'appel devant le Congrès était limité aux cas dans lesquels la capture était effectuée par un bateau, armé aux frais des Colonies Unies ; et en 1779 il fut en outre limité aux cas dans lesquels la demande serait faite par un sujet d'un Gouvernement étranger ami des États-Unis.

En Massachusetts, l'État était divisé en trois districts dans chacun desquels un tribunal était établi par la loi que Washington envoya au Congrès. (Loi du 1er novembre 1875, 5 Lois et Résolutions des Provinces de Massachusetts Bay, 436). Boston, étant occupé par l'ennemi, n'était pas compris dans cette division. Le 3 avril 1776 (id. 474, 477). Boston étant devenu possession fédérale, les districts furent réorganisés et l'appel au Congrès fut accordé dans les cas de bateaux capturés par des bateaux armés aux frais des Colonies Unies. Le 29 avril 1778 le procès par jury fut prévu

pour tous les cas. (id. 806). Le 30 juin 1779, le droit d'appel fut étendu à tous les cas de capture maritime. (id. 1077.) Il fut déclaré que cela était fait en conséquence de la résolution du Congrès du 6 mars 1779 (que l'on trouvera plus loin) : « Les raisons sur lesquelles lesdites résolutions sont fondées paraissant à ce tribunal, dans bien des cas, provenir de la plus grande commodité et nécessité publique. »

Dans Rhode Island, un tribunal maritime fut institué en janvier 1776. La loi fut amendée en octobre 1776. Le 9 mai 1780, il fut remplacé par un Tribunal d'Amirauté, et le droit d'appel au Congrès fut supprimé.

Dans le Connecticut, des Tribunaux Maritimes de Comté furent créés dans les Comtés en bordure de Long Island Sound. Dans New-York, les Comtés Maritimes étant occupés par l'ennemi après l'été de 1776, un tribunal n'était pas nécessaire. New Jersey vota une loi pour instituer un Tribunal d'Amirauté le 5 octobre 1776. En 1778 une loi fut votée qui maintint ce tribunal. En 1781 une loi générale fut votée pour réglementer et instituer des Tribunaux d'Amirauté ; cette loi fut amendée en 1782 et abrogée en 1799.

Un Tribunal d'Amirauté pour le port de Philadelphie fut créé par la législature de Pensylvanie par la loi du 9 septembre 1778. Dans cette loi il était disposé que « la décision d'un jury établira les faits sans recours ou appel ». Le 8 mars 1780 une autre loi fut votée qui abrogea cette clause.

Dans Delaware, un tel tribunal dut être institué avant le 20 mai 1778, car ce jour-là une loi fut votée le reconnaissant comme tribunal existant et lui conférant une juridiction additionnelle sur les bateaux échoués.

Dans Maryland, un Tribunal d'Amirauté existait en vertu d'une loi coloniale de 1763. L'Assemblée acquiesça à la demande du Congrès, le 25 mai 1776 par une décision accordant la juridiction désirée, prévoyant le procès devant jury et accordant le droit d'appel au Congrès dans tous les cas. Il ne semble pas qu'il y ait eut une plus ample législation sur cette question, si ce n'est qu'une loi

de novembre 1776 réglait les honoraires des fonctionnaires du tribunal.

La Virginie, par une loi intitulée « Ordonnance pour l'institution d'un mode de répression pour les ennemis de l'Amérique dans cette Colonie », créa un Tribunal de Commissaires d'Amirauté en décembre 1775. En octobre 1776 cette loi fut remplacée, en ce qui concernait les prises, par un Tribunal d'Amirauté organisé conformément à la loi qui instituait la suprématie des lois du Congrès et l'appel devant tout tribunal d'appel qui pourrait être créé par le Congrés. En 1779, le droit d'appel fut supprimé lorsqu'il s'agirait d'un litige entre deux citoyens de l'État.

Dans la Caroline du Nord, la législature vota la loi de 1777, c. 16, « pour autoriser le Tribunal d'Amirauté de cet État à avoir juridiction dans tous les cas de capture des bateaux et autres vaisseaux des habitants et sujets de la Grande-Bretagne, et pour instituer le procès par jury dans ledit tribunal pour les cas de capture. » Cette loi resta en vigueur jusqu'à l'adoption de la Constitution.

La Caroline du Sud créa un Tribunal d'Amirauté le 11 avril 1776 et le réorganisa le 13 février 1777, en donnant le droit d'appel au Congrès. Georgie, le 16 septembre de la même année, vota une loi intitulée : « Loi réglementant les captures et saisies faites dans cet État et en pleine mer, conformément aux, et en vertu des, décisions et réglementations du Congrès. » En vertu de cette loi un Tribunal d'Amirauté fut institué.

Dans presque tous ces États le droit de procès par jury fut réservé dans les affaires de prises. Nous verrons plus loin que cela cause des difficultés.

Le but du Congrès de ne prendre qu'une juridiction d'appel semble avoir été mal compris au début. Les deux premières demandes qui lui furent adressées, l'une par un M. Bardain le 31 janvier, l'autre relative au brigantin Nancy et à sa cargaison le 27 février 1776, implorèrent l'exercice de sa juridiction en première instance ; mais dans chacun des deux cas le Congrès renvoya le demandeur devant les Tribunaux coloniaux. Le 4 avril suivant

cependant, il s'engagea à réglementer la vente d'un bateau capturé qui avait été jeté sur la côte du Comté de Burlington, et la manière de disposer des fonds provenant de la vente. Il s'agissait du sloop *Sally*, et James Mc Knight était l'officier commandant la prise. La vente eut lieu comme il fut ordonné ; mais le 22 du mois suivant, le Congrès abrogea sa décision du 4 avril prétendant que Mc Knight avait procédé à la vente contrairement au mode prescrit, et sans autorisation du Congrès. A partir de cette époque, il n'exerça la juridiction d'appel que par l'intermédiaire de Commissions, désignées parfois sous le nom de Commissaires, et abandonna même cet exercice lorsqu'il eut institué une Cour d'Appel.

L'affaire du *Schooner Thistle*, le premier procès d'appel sous le régime de la nouvelle loi, vint devant lui le 5 août 1776. Le Congrès s'efforça d'instruire l'appel lui-même, mais éventuellement le renvoya devant une Commission spéciale dont le rapport, infirmant la condamnation, fut reçu et approuvé le 25 septembre 1776. Les trois affaires suivantes, *The Elizabeth*, *The Charming Peggy* et *The Betsey*, furent renvoyées devant des Commissions spéciales, les mêmes membres étant choisis dans chaque affaire. Puis vint l'affaire *Hopkins C./ Derby* qui fut renvoyée à la « *Commission des Appels* » sans désignation de membres quelconques. Il y eut ensuite deux autres affaires qui furent renvoyées à la même commission spéciale, les membres étaient désignés ; mais cette fois (4 janvier et 11 janvier 1777) il était apparemment devenu nécessaire de substituer deux nouveaux membres à la place de ceux qui avaient été désignés antérieurement. Ces événements nous amènent jusqu'à l'institution d'une Commission des Appels permanents.

A la date du 30 janvier 1777, le Compte-rendu officiel du Congrès Continental contient cette mention : « Résolu, Qu'une Commission permanente, devant être composée de cinq membres, soit nommée pour instruire et décider des appels de jugements prononcés par les Tribunaux d'Amirauté dans les États respectifs qui ont accepté les Résolutions du Congrès ; et que les différents appels, une fois signifiés au Secrétaire, soient remis par lui à la Commission pour être jugés en dernier ressort. » Les membres choisis à ce moment-là pour cette fonction furent Mr. James

Wilson de Pensylvanie, Mr. Jonathan D. Sergeant de New Jersey, Mr. William Ellery de Rhode Island, Mr. Samuel Chase de Maryland et Mr. Roger Sherman du Connecticut.

Le 8 du mois de mai suivant, cette Commission fut officiellement dissoute, parce qu'elle avait fait observer qu'elle était trop nombreuse ; et il fut « RÉSOLU, Qu'une nouvelle Commission de cinq membres sera nommée, les cinq membres ou trois quelconques d'entre eux devant instruire et décider des appels interjetés devant le Congrès. » Le Congrès choisit pour cette Commission M. Wilson et M. Sergeant comme auparavant, M. James Duane de New-York, M. John Adams de Massachusetts et M. Thomas Burke de la Caroline du Nord. Le 12 de ce mois, cette Commission « fut autorisée à nommer un greffier pour servir ladite Commission » et semble avoir rapidement procédé à cette nomination. De nouveau, le 13 octobre suivant, « un certain nombre des membres du Comité étant absents », il fut « RÉSOLU, Qu'une nouvelle Commission de cinq membres sera nommée et que ces membres ou trois quelconques d'entre eux auront le pouvoir d'instruire et de décider en dernier ressort des appels portés devant le Congrès. » M. John Adams, M. Joseph Jones, de Virginie, M. Richard Law du Connecticut, M. Henry Marchant, de Rhode Island et M. Henry Laurens de la Caroline du Sud, (qui était alors Président du Congrès) furent choisis pour cette nouvelle Commission.

Le 17 novembre 1777, M. John Harvie, de Virginie, M. Francis Dane, de Massachusetts et M. Ellery, de Rhode Island, furent choisis comme membres de la Commission à la place du Président, de M. Adams et de M. Marchant ; et le 10 décembre suivant, M. Benjamin Rumsey, de Maryland, fut choisi comme l'un des autres membres.

Le 17 février 1778, M. Thomas McKean, de Delaware, M. Samuel Huntingdon de Connecticut, M. John Henry, Junior, de Maryland et M. James Smith, de Pensylvanie, furent ajoutés à la Commission.

Le 27 juillet 1788 il fut « RÉSOLU, que trois membres seront ajoutés à la Commission pour instruire et décider des Appels et que trois membres quelconques de ladite Commission auront le

pouvoir d'instruire et de juger en dernier ressort les appels portés devant le Congrès, des jugements rendus par les Tribunaux d'Amirauté. » M. Joseph Reed, de Pensylvanie, M. William Drayton, de la Caroline du Sud, et M. Elias Boudinot, de New Jersey furent dûment élus comme nouveaux membres. Il semble, en outre, d'après le même document, que malgré les nombreux membres nouveaux introduits dans la Commission par les diverses élections, le Congrès avait été informé que deux membres seulement étaient présents à ce moment-là, et que diverses Causes étaient alors prêtes à être jugées.

Le 23 septembre 1778, M. John Matthews, de la Caroline du Sud, et M. Marchant, de Rhode Island, furent ajoutés à la Commission, et le 26 octobre suivant M. Oliver Ellsworth, de Connecticut, fut choisi comme l'un des membres.

Le 9 mars 1779 la Commission se trouve de nouveau réduite à trois membres (MM. Drayton, Ellery et Henry), et M. Jesse Root, de Connecticut, et M. William Paca, de Maryland, furent en conséquence choisis pour la compléter.

Le 29 juillet 1779, M. Marchant (de nouveau) et M. Edmund Randolph, de Virginie, furent élus membres en remplacement de M. Ellery et de M. Paca qui étaient déclarés absents. Le 27 du mois suivant, M. Paca fut de nouveau élu membre à la place de M. Randolph qui était déclaré absent. Le 7 décembre 1779 M. Erza L'Hommedieu de New York et M. Ellery furent élus membres en remplacement de M. Marchant et de M. Root ; et le 5 janvier 1780, M. Ellsworth fut de nouveau élu membre à la place de M. Paca qui était absent.

Ces changements fréquents dans une Commission chargée du pouvoir judiciaire, ne pouvaient qu'être contraires aux intérêts des justiciables. Ils justifient certainement la sagesse de Washington quand celui-ci demandait avec insistance au Congrès de compléter son œuvre en instituant un tribunal régulier. Ils semblent aussi montrer que la Commission était bien pourvue de besogne et manqua parfois de quorum nécessaire pour la faire. Le moment était venu où toutes ces affaires devaient être enlevées au Congrès et confiées à un tribunal pour être jugées.

Dès le mardi 5 août 1777, il fut « RÉSOLU, Que la date de jeudi prochain sera fixée pour prendre en considération l'opportunité d'instituer la Cour d'Appel ». Le jeudi, la question fut ajournée et ce fut seulement le 15 janvier 1780, que le Congrès « RÉSOLUT, Qu'un tribunal sera institué pour les procès de tous appels de jugements des Tribunaux d'Amirauté dans ces États-Unis, dans les cas de capture, devant être composé de trois juges nommés et commis par le Congrès, deux quelconques d'entre eux devant constituer ledit tribunal pour l'expédition des affaires; que le dit tribunal désignera son propre greffier; que les procès y seront conformes au droit des nations, et non par jurys; » et « que lesdits juges siègeront pour la première fois aussitôt que possible à Philadelphie, et après cela à telles époques et en tels lieux qu'ils jugeront les plus favorables au bien public, de telle sorte qu'ils ne siègent à aucun moment, à l'Est, au delà de Hartford dans le Connecticut, ou au Sud, au delà de Williamsburg dans l'État de Virginie; M. George Wythe, de Virginie, M. William Paca, de Maryland, et M. Titus Hosmer, de Connecticut, furent élus juges le 22 janvier 1780. Une lettre de M. Whythe refusant la fonction, fut lue au Congrès le 13 mars 1780, et M. Cirus Griffin, de Virginie, fut après cela élu à sa place, le 28 avril 1780. M. Paca accepta le 9 février et MM. Hosmer et Griffin, le 4 mai 1780. Le long retard avec lequel fut créée la Cour provint probablement de la répugnance du Congrès à s'arroger un tel pouvoir avant que la ratification des Articles de Confédération ne fût à peu près assurée; ce qui eut lieu, ainsi qu'on l'a déjà vu, avant le vote de cette Résolution.

La Résolution du 15 janvier 1780, créant le Tribunal, ne prit aucune disposition générale pour le transfert des affaires à ce tribunal. Le 9 mai, un appel étant porté devant le Congrès, il fut renvoyé devant le nouveau tribunal et le 24 de ce mois le Congrès RÉSOLUT, « Que le titre de la Cour d'Appel nommée par le Congrès sera « La Cour d'Appel en cas de Capture » (The Court of Appeals in cases of capture); « que les appels de jugements rendus par les Tribunaux d'Amirauté dans les États respectifs devront, comme auparavant, être exigés dans les cinq jours qui suivront le jugement définitif, et à l'avenir ces appels seront signifiés au greffier de

la Cour d'Appel en cas de capture dans les 40 jours qui suivront » ; et « que toutes affaires concernant les appels en cas de rupture actuellement pendantes devant le Congrès ou les Commissaires d'Appel seront renvoyées devant la Cour d'Appel nouvellement instituée pour y être jugées conformément à la Loi ; et que tous documents concernant les appels en cas de capture déposés dans l'Office du Secrétaire du Congrès seront remis et déposés entre les mains du Greffier de la Cour d'Appel. »

En même temps que cela, un appel présenté ce jour là au Congrès fut renvoyé à la Cour ; et, après ce temps, je ne puis trouver qu'un appel quelconque régulièrement interjeté soit parvenu devant la Cour par l'intermédiaire d'une action du Congrès. Cette Assemblée agit dans quelques cas mais seulement pour donner à la Cour une juridiction qu'elle n'aurait pas pu exercer en vertu de la législation générale. M. Hosmer mourut en fonctions le 4 août 1780. Le 21 novembre 1782, M. Paca donna sa démission, ayant été élu Gouverneur de Maryland. Lors d'une élection qui eut lieu le 5 décembre 1782. M. George Read, de Delaware, fut élu par le Congrès à la place de M. Paca, et M. John Lowell, de Massachusetts, à la place de M. Hosmer ; et le 15 de ce même mois, le Congrès tira au sort pour résoudre la question de préséance, le résultat étant favorable à M. Read.

Étant donnée la disposition, dans les Articles de Confédération, d'après laquelle « aucun membre du Congrès ne sera nommé juge de l'un quelconque desdits tribunaux », il peut être noté que M. Read et M. Lowell, les seuls juges choisis après la ratification des articles par tous les États, étaient membres du Congrès quand ils furent élus. Le Congrès interpréta cette clause comme signifiant seulement que nul ne pourrait agir en cette double qualité en même temps.

Le 23 décembre 1784, le Congrès siégeant alors à Trenton, New Jersey, M. Griffin et M. Lowell adressèrent à son Président la lettre suivante :

« Trenton, 23 décembre 1784.

« Monsieur : Nous avons eu l'honneur, immédiatement après notre dernière séance, d'informer le Congrès, par une

lettre adressée au Président, que toutes les Causes qui ont été portées devant la Cour d'Appel étaient jugées et bien que quelques demandes de Révision aient été faites, elles n'ont pas été admises. Depuis ce temps, aucune nouvelle demande ne nous a été adressée ; nous croyons qu'il est de notre devoir d'informer le Congrès de cela afin qu'il puisse prendre telles mesures qu'il jugera à propos au sujet de la Cour.

« Nous avons l'honneur d'être, avec profond respect, de votre Excellence,

« Les très obéissants serviteurs,

« C. Griffin.

« J. Lowell.

« A son Excellence, le Président du Congrès. »

Cette lettre fut référée à une Commission et le 1er juillet 1785, la Commission composée de M. Pinckney, M. R.-R. Livingston, M. King, M. Monroe et M. Johnson, déclara « qu'à son avis, les juges actuels de la Cour d'Appel sont toujours en fonctions et qu'il sera nécessaire que la Cour d'Appel reste telle qu'elle est présentement instituée excepté en ce qui concerne les émoluments des juges qui devraient cesser à partir du .....e jour de ......, et que, au lieu de ces émoluments, ils auront droit à ...... dollars par jour pendant le temps qu'ils siègeront, en y comprenant le temps qu'ils emploieront nécessairement en se rendant à ladite Cour et en en revenant. »

Un projet fut présenté par M. King, appuyé par M. Smith, en vue d'ajourner la discussion du Rapport et de prendre en considération ce qui suit : « Que le mandat des Juges de la Cour d'Appel soit révoqué et annulé, et que dans toutes les affaires qui ont été jugées par la Cour d'Appel, sur la demande adressée au Congrès, dans les ....., d'une révision ou d'une nouvelle instruction, il soit donné satisfaction à ladite demande lorsque la justice et le droit pourraient l'exiger. » Cette proposition n'ayant pas été prise en considération, le rapport fut de nouveau renvoyé à la Commission et, immédiatement après cela, on lit dans le Compte-rendu : « Sur la proposition de M. Smith, appuyé par M. Ramsey : Résolu, Que les émoluments des juges de la Cour d'Appel prennent fin pour l'avenir. »

Il semble que M. Griffin ait protesté contre cela, car le 9 février 1786 on lit dans le compte-rendu : « Sur le rapport d'une Commission composée de M. Pinckney, M. King, M. Johnson, M. Grayson et M. Hindman à laquelle était référée une lettre de Cyrus Griffin, Esq., RÉSOLU. Que le Congrès a pleinement conscience de la capacité, de la fidélité et de l'attention des juges de la Cour d'Appel dans l'exécution des fonctions de leur office ; mais que, comme la guerre était finie et que les affaires de ce Tribunal étaient dans une grande mesure liquidées, l'intérêt de ses électeurs exigeait que les émoluments desdits juges prissent fin. »

Après cela, les Comptes-rendus du Congrès ne mentionnent que deux fois la Cour. Le 27 juin 1786 sur le Rapport d'une Commission « à laquelle furent référés plusieurs mémoires et pétitions de personnes revendiquant des bateaux dans les Tribunaux d'Amirauté dans certains États, demandant des instructions de procès ou des révisions devant la Cour d'Appel, RÉSOLU, Que les juges de la Cour d'Appel sont, par les présentes, autorisées et reçoivent l'ordre de, dans toute Cause qui a été ou qui pourra être portée devant eux, recevoir les appels et accorder les révisions ou nouvelles instructions desdites causes chaque fois que la justice et le droit pourront, à leur avis, l'exiger. »

Après une disposition relative à la suspension d'exécution et une autre disposition relative à un paiement *per diem* aux juges en séance et en voyage, il fut en outre « RÉSOLU, Que ladite Cour se réunira dans la Cité de New-York le premier lundi du mois de novembre prochain pour la liquidation de telles affaires qui pourront, alors et là, leur être soumises ; et que le Secrétaire du Congrès prendra les mesures pour publier ces résolutions de manière à informer toutes les personnes intéressées. »

La dernière mention, dans le compte-rendu du Congrès, relative à cette Cour, est du 24 juillet 1786, lui donnant le pouvoir d'instruire un appel d'une décision du Tribunal d'Amirauté de la Caroline du Sud, condamnant le sloop *Chester*. Peut-être après cela, les juges eurent d'autres qualités et il semblerait que les Tribunaux d'Appel des États reprirent graduellement la juridiction à l'égard de tels appels. Le 20 novembre 1787, M. Griffin présenta ses

pièces à l'appui comme membre du Congrès de Virginie, et le 22 janvier 1788, (la première réunion après cette date avec un quorum d'État), il fut élu président de cette Assemblée.

M. Lowell, le 11 novembre 1784, fut nommé par l'État de Massachusetts, commissaire pour le représenter dans une procédure fédérale destinée à régler les prétentions rivales du Massachusetts et de New-York, relatives à un certain territoire, et il paraît avoir été occupé par cette affaire à intervalles divers jusqu'au 8 octobre 1787, époque où un règlement amiable fut l'objet d'un rapport au Congrès.

M. Read fut nommé membre de la Cour pour régler le litige entre New-York et Massachusetts, laquelle nomination ne prit pas effet, car le litige fut réglé à l'amiable. Il était membre de la Convention à Annapolis en 1786, et de la Convention qui rédigea la Constitution. Les trois juges cependant se réunirent à New-York en 1787, ainsi qu'il apparaît dans les comptes-rendus des affaires Luke c/ Hulbert et The Experiment (2 Dall. 40 et 41) et d'après les originaux de consultations et décisions portant leurs signatures enregistrées à l'Office du greffier de cette Cour.

Le point faible de tout ce système judiciaire était celui-ci : Il dépendait nécessairement des autorités d'État d'exécuter le jugement du Tribunal d'appel lorsqu'il infirmait la décision d'un Tribunal d'État. Les Tribunaux d'État refusèrent de donner force exécutoire aux droits de propriété acquis en vertu de décisions fédérales. (Doane c/ Penhallow 1 Dall. 218.) On peut voir dans quel état d'impuissance était laissée la Cour d'Appel, en examinant les faits relatifs au Susannah capturé par le Mc Clary (Penhallow c/ Doane 3 Dall 54) ; et par le compte-rendu de l'affaire relative au sloop *Active*, reconstitué partiellement à l'aide du « Journal of Congress » et en partie à l'aide des archives confiées à la garde du greffier de cette cour et en partie à l'aide de l'affaire United States c/ Peters, 5 Cranch. 115.

Devant le Tribunal d'amirauté de Pensylvanie, l'*Active* et sa cargaison furent l'objet d'une assignation sur l'initiative de Thomas Houston, demandeur ; Gideon Olmtead et autres paraissant aussi comme demandeurs. Un procès eut lieu par jury dont le ver-

dict fut le suivant : « Un quart du montant net provenant de la vente du sloop *Active* et de sa cargaison aux premiers demandeurs ; trois quarts du montant net dudit sloop et de sa cargaison au demandeur initial et aux seconds demandeurs conformément à l'accord intervenu entre eux. »

Il fut rendu sur ce verdict un jugement, dont appel fut interjeté par Olmstead et autres devant la Commission des Appels.

Le 15 décembre 1778, la Commission, dans une décision où elle se désigne sous le nom de « Commissioners », infirma le jugement et donna des instructions au Tribunal Inférieur à l'effet d'ordonner à l'officier public de vendre le sloop et sa cargaison et d'en payer le solde restant après le paiement des frais, aux appelants. Le 3 janvier 1779, elle reçut la lettre suivante du général Benedict Arnold, commandant à Philadelphie, évidemment datée par erreur du 3 janvier 1778 :

Philadelphie, 3 janvier 1778.

« Tels sont les efforts extraordinaires et sans précédent du juge et du Tribunal d'amirauté pour cet État et pour les intimés dans le procès du sloop *Active* et de sa cargaison, en vue de réduire à néant l'effort fait par la Cour d'Appel pour rendre justice, et en vue d'empêcher que votre décision ne produise son effet ; que pendant l'instruction de l'affaire devant le Tribunal supérieur, le juge est sur le point d'entrer en possession des fonds dans le but avoué et déclaré de résister obstinément à tous ordres qui pourront lui être donnés. Il a donné des ordres à l'officier public de lui remettre le montant provenant des ventes, ce qui doit être fait sur rendez-vous à 9 h. demain matin et il déclare positivement qu'aucun ordre de la Cour d'Appel n'enlèvera ces fonds de sa possession ni ne sera exécuté. Également, d'après d'autres renseignements dont je viens d'avoir connaissance, il y a raison de craindre que beaucoup de difficultés n'en soient la conséquence, à moins que des mesures ne puissent être prises pour empêcher que l'affaire ne tombe entre ses mains. Un effort aussi audacieux que celui-ci, en vue d'échapper

à la justice du Tribunal supérieur, et cela à un moment où l'affaire est en voie d'instruction, m'excusera certainement de vous importuner en vous demandant de vous réunir ce soir, à telle heure et en tel lieu que vous pourrez juger convenables, pour décider des mesures à prendre, assez tôt demain matin, qui tendront à empêcher la mise à exécution de l'ordre ci-dessus.

« J'ai écrit cela sur l'avis du Conseil des demandeurs et j'espère que vous considérerez comme justification suffisante l'urgence de l'affaire.

« Je suis avec profond respect et estime, Messieurs, Votre très obéissant et très humble serviteur.

« B. ARNOLD.

« P.-S. — Je suis informé de source sûre qu'un membre de l'Assemblée a demandé que les fonds fussent versés entre ses mains et s'il réussit en cela, les fonds seront probablement versés au Trésor, et les demandeurs auront à lutter contre tout l'État dans leur propre Gouvernement.

« Aux honorables, la Cour d'Appel. »

Le matin du 4 janvier, André Robeson, le greffier du Tribunal d'Amirauté de Pensylvanie, parut devant les commissaires et déclara « qu'en sa qualité de greffier ci-dessus indiqué, il avait reçu avis du juge dudit tribunal, par l'huissier dudit tribunal, de se présenter au domicile dudit juge, à 9 h. ce matin, dans le but de faire un procès-verbal, relativement au versement par ledit huissier, audit tribunal, des fonds provenant de la vente de la cargaison du sloop *Active*, récemment objet d'une assignation devant ledit tribunal par Thomas Houston, etc... »

Sur ce, les commissaires émirent une ordonnance d'injonction contre l'huissier de ce Tribunal dans laquelle, après avoir reproduit la procédure du Tribunal inférieur, de l'appel, et l'annulation du jugement, ils disaient : « Et étant donné qu'une copie de la décision de cette Cour a été régulièrement transmise aux juges dudit tribunal d'Amirauté, et étant donné que par une copie certifiée de la procédure dudit tribunal depuis qu'il a reçu ladite

décision, il appert manifestement à cette Cour que ledit juge a refusé d'obéir à la dite décision et a, le 28 décembre dernier, donné des ordres vous enjoignant, en tant qu'huissier dudit tribunal d'Amirauté de procéder à la vente du dit sloop et de sa gargaison et après avoir déduit les frais ci-dessus mentionnés, de remettre le solde des fonds provenant de ladite vente au Tribunal ci-dessus mentionné en attendant les nouveaux ordres dudit tribunal; et étant donné que le 28 décembre ci-dessus mentionné, une demande a été adressée à cette Cour en vue de donner audit huissier un ordre lui enjoignant d'exécuter la décision de cette Cour et qu'une nouvelle discussion relative à ladite demande, doit avoir lieu à 5 h. ce soir; et étant donné qu'il est déclaré à cette Cour, sous serment, que ce jour, à 9 h. du matin, est, par ordre spécial dudit juge, fixé pour que vous remettiez les fonds provenant de ladite vente audit Tribunal, grâce à quoi, l'ordre, si cette Cour juge à propos de donner un tel ordre, conformément à la proposition ci-dessus, sera éludé; la présente injonction vous demande, par conséquent, et vous enjoint fermement de détenir et de conserver entre vos mains et en votre garde la totalité des fonds provenant de ladite vente dudit sloop et de sa cargaison, etc... à l'exception des frais ci-dessus indiqués, jusqu'à ce que la nouvelle décision de cette Cour vous soit signifiée ainsi que vous répondrez de toute action contraire à vos risques et périls.

« Donné à Philadelphie, dans l'État de Pensylvanie, le 4 janvier de l'année de N.-S. 1779. »

Ce document étant dûment signifié, l'huissier, le même jour, déclara ce qui suit : « Obéissant à une ordonnance, signée par et portant le sceau de l'Honorable Georges Ross esq. juge du Tribunal d'amirauté pour l'État de Pensylvanie, j'ai déposé audit tribunal les fonds provenant de la vente de la cargaison du sloop *Active*, mentionnée dans ladite ordonnance; ledit sloop n'étant pas encore vendu, aucune somme d'argent ne m'a été remise pour son compte. »

Sur ce, la Cour déclara et ordonna qu'il fût mentionné au Greffe que, comme le juge et l'huissier du Tribunal d'amirauté de l'État de Pensylvanie avaient absolument et respectivement refusé d'obéir à l'ordre régulièrement établi et donné par cette Cour,

auquel ils étaient chacun d'eux obligés d'obéir, cette Cour ne désirant pas faire une procédure quelconque de peur qu'il ne s'ensuive des conséquences dangereuses à cette heure pour la paix publique des États-Unis, n'ira pas plus loin dans cette affaire et ne recevra aucun appel jusqu'à ce que l'autorité de cette Cour soit réglée de telle manière qu'elle donne entière efficacité à ses décisions et à ses ordres.

« ORDONNÉ que le greffier prépare un compte-rendu de la procédure relative aux décisions de cette Cour dans le cas du sloop *Active*, afin que les commissaires puissent présenter ledit compte-rendu au Congrès.

« Le Congrès référa ce compte-rendu, quand il fut présenté, à une commission composée de MM. Floyd Ellery et Burke, lesquels firent un rapport le 6 mars 1779 disant que le juge du Tribunal d'amirauté avait refusé d'obéir aux injonctions de la Commission parce que la loi de Pensylvanie organisant le Tribunal « avait déclaré que la décision d'un jury établira les faits dans tous les procès devant les tribunaux d'amirauté, sans révision ou appel, et que seul était autorisé l'appel d'une décision du juge. »

Sur la recommandation de la Commission, le Congrès vota les résolutions suivantes, la Pensylvanie étant le seul État opposant :

« RÉSOLU que le Congrès, telle personne ou telles personnes qu'il désignera pour instruire et juger les appels de décisions de tribunaux d'amirauté, auront nécessairement le pouvoir d'examiner aussi bien les décisions relatives aux faits que les décisions relatives au droit et de juger sans recours ces décisions et qu'aucune décision d'un jury dans un tribunal d'amirauté, ou d'un tribunal jugeant la légalité des captures en pleine mer, ne peut détruire le droit d'appel et de révision des faits réservés au Congrès ;

« Qu'aucune loi d'un État quelconque ne peut détruire le droit d'appel au Congrès dans le sens ci-dessus indiqué ;

« Que le Congrès est par ces États-Unis investi du pouvoir souverain suprême de guerre et de paix ; que le pouvoir d'exécuter la loi des nations est essentiel au pouvoir souverain suprême de guerre et de paix ;

« Que la légalité de toute capture en pleine mer doit être décidée par le droit des nations ;

« Que l'autorité, en fin de compte et finalement, pour décider de toutes les questions et affaires concernant le droit des nations réside dans le pouvoir souverain suprême de guerre et de paix ; qu'un contrôle par appel est nécessaire pour contraindre à une exécution juste et uniforme du droit des nations ;

« Que ledit contrôle doit s'étendre aussi bien aux décisions des jurys qu'à celles des juges dans les tribunaux jugeant la légalité des captures en mer ; autrement, les jurys possèderaient le pouvoir suprême d'exécuter la loi des nations dans tous les cas de capture et pourraient, à n'importe quel moment, exercer ce même pouvoir de manière à prévenir toute possibilité de contrôle ; interprétation qui implique de nombreux inconvénients et pourrait détruire une partie essentielle du pouvoir de guerre et de paix confié au Congrès et mettrait le Congrès des États-Unis dans l'impossibilité de donner satisfaction aux nations se plaignant d'une violation de neutralité ou de traités ou d'une infraction au droit des nations et permettrait à un jury d'un État quelconque d'engager les États-Unis dans des hostilités ; interprétation qui, pour ces raisons et pour bien d'autres, est inadmissible.

« Que ce pouvoir de contrôler par appel les diverses juridictions d'amirauté des États a jusqu'ici été exercé par le Congrès, par l'intermédiaire d'une Commission de ses propres membres (1). »

« RÉSOLU que la Commission devant laquelle a été jugé l'appel de la décision du Tribunal d'amirauté pour l'État de Pensylvanie dans l'affaire du sloop *Active*, était dûment constituée et autorisée à juger ledit appel. »

Une Commission fut nommée deux fois par le Congrès pour conférer avec une Commission de la législature de Pensylvanie et le 8 mars 1780, la loi autorisant les jurys à décider des affaires d'amirauté fut abrogée. Mais il était laissé le soin à cette Cour, à sa session de février 1809, de régler la question en litige dans cette affaire en décidant que le pouvoir exercé par la Commission du Congrès continental d'infirmer le jugement du Tribunal d'État

(1) Cette résolution est celle à laquelle se refère la loi du Massachusetts du 30 juin 1779.

dans cette affaire, avait été pertinemment exercé. (United States c/ Peters, Cranch. 115).

64 affaires en tout furent soumises aux Commissions du Congrès ; 49 d'entre elles furent jugées par elles. 4 paraissent avoir disparu et 11 furent référées à la Cour d'Appel pour être jugées. 56 affaires en tout, y compris les 11 dernières, furent soumises à la Cour d'Appel et toutes furent réglées. Les appels furent reçus de tous états maritimes excepté de New-York. Aucune affaire ne vint de cet État. Ce fut certainement parce que ces comtés maritimes furent occupés par l'ennemi depuis l'automne 1776 jusqu'à la fin de la guerre.

Il est possible, peut-être probable, que cette revue n'est pas tout à fait exacte. On ne connaît aucun compte-rendu qui soit resté des mesures prises par l'une ou l'autre de ces organisations et il n'existe que des résumés très incomplets. Leur habitude était de prendre des décisions qui devaient être signées par les membres de la Commission ou de la Cour et de les classer avec les autres documents originaux. Dans certaines affaires, la décision manque, mais son caractère et sa date se trouvent dans une minute sur l'enveloppe des documents. Dans d'autres affaires, il n'existe ni décision ni indication d'une décision, mais une décision peut néanmoins avoir été prise. Peut-être que les greffes des tribunaux inférieurs donneraient des indications. Toutefois, je n'ai pas cru devoir explorer ce domaine de renseignements, bien que les rapports que j'ai reçus de Philadelphie, grâce à l'amabilité du greffier de la District-Court des États-Unis, dans cette ville, montrent que c'est là un sujet intéressant de recherches historiques.

Quelques-unes des opinions du Tribunal d'amirauté de Pensylvanie se trouvent dans « Judgements in the Admiralty of Pennsylvania », de Hopkinson, Philadelphie 1789 et dans les « Miscellaneous Essays and Occasional Writings of Francis Hopkinson Esq. » Vol. 3, Philadelphie, 1792. Voyez aussi Bee, Appendix 339-440 I Dall. 95 et 5 American Museum, 39, etc....

Autant qu'il paraisse par ces documents, aucun rapport écrit ayant le caractère de consultation ne fut fait par les Commissions.

La Cour d'Appel déposa seulement huit consultations qui toutes sont reportées dans 2 Dall. I 42, sous le titre général de « Federal Court of Appeals ». Ces consultations furent données dans (1) deux résolutions p. 1 et (2) S. C., sur nouvelles instructions, p. 19 ; date d'appel non connue ; décision finale 24 janvier 1782 ; (3) The Erstern, p. 33, appel du 11 janvier 1781 ; décision finale 5 février 1782 ; (4) The Gloucester, p. 36 ; date d'appel inconnue ; décision finale 5 février 1782 ; (5) The Squirrel, p. 40 ; (6) The Speedwell, p. 40 ; appel du 17 juin 1783, décision du 24 mai 1784 ; (7) Suke c/ Hulbert, p. 42 ; pas de documents ; (8) The Experiment c/ The Chester, p. 41, renvoyé par le Congrès, par la résolution du 24 juillet 1786, dont on a déjà parlé ; décision du 1er mai 1787. Ces consultations ont été placées dans les volumes qui contiennent le commencement de la série des comptes-rendus de la Cour suprême des États-Unis, car la Cour dont elles émanaient était, en son temps, la plus élevée qui existât dans le pays et le seul tribunal d'appel ayant juridiction sur tous les États-Unis.

II. — Tribunaux pour juger les litiges et désaccords entre deux ou plusieurs États au sujet des frontières, de la juridiction, ou de tout autre cas quel qu'il soit.

Les dispositions, dans les Articles de Confédération, relatives au choix du tribunal étaient les suivantes : « Chaque fois que l'autorité législative ou exécutive ou l'agent légal d'un État quelconque en discussion avec un autre, présentera une pétition au Congrès expliquant l'affaire en question et demandant une instruction, avis en sera donné par ordre du Congrès à l'autorité législative ou exécutive de l'autre État en discussion, et un jour sera fixé pour la comparution des parties par leurs agents légaux qui recevront alors des instructions à l'effet de désigner, par consentement mutuel, des Commissaires ou juges pour constituer un tribunal destiné à instruire et juger l'affaire en question ; mais s'ils ne peuvent tomber d'accord, le Congrès nommera trois personnes de chacun des États-Unis et sur la liste de ces personnes chaque partie en supprimera une alternativement, les demandeurs

commençant, jusqu'à ce que le nombre soit réduit à 13 ; et sur ce nombre, 7 noms au moins et 9 au plus, suivant que l'ordonnera le Congrès, seront tirés au sort en présence du Congrès ; et les personnes dont les noms resteront ainsi, ou 5 quelconques d'entre elles, seront commissaires ou juges pour instruire et juger l'affaire en dernier ressort, pourvu que toujours la majorité des juges qui instruiront la cause soient d'accord dans la décision. »

Les litiges entre États ci-après sont les seuls qui paraissent avoir été portés devant le Congrès pour être réglés, en y comprenant quelques affaires pour lesquelles aucun tribunal ne fut organisé. Seule, l'une d'elles fût jugée. Il y a une littérature abondante, aussi permanente qu'éphémère, au sujet de ces litiges ; mais nous ne nous intéressons ici qu'à l'aspect judiciaire des controverses tel qu'il est montré dans le « Journal of Congress ».

NEW HAMPSHIRE c/. VERMONT,
NEW-YORK c/. VERMONT,
MASSACHUSETTS c/. VERMONT.

La controverse relative à la juridiction de la partie de territoire qui devint l'État de Vermont est antérieure à la Révolution. En 1750 « New-York fit valoir ses droits sur la rivière Connecticut ; la France, qui avait le contrôle du lac Champlain, étendit ses prétentions jusqu'à la crête des Green Mountains, tandis que Wentworth, le seul Gouverneur royal dans la Nouvelle-Angleterre, commença à disposer du terrain entre le Connecticut et le lac Champlain par des concessions faites sous le sceau de New Hampshire. » 2. Brancroft Hist. United States (Last Revision) 361. Ces dernières concessions furent connues sous le nom de « New Hampshire Grants ».

En 1764, le Roi en Conseil « démenbra New Hampshire et annexa à New-York le pays au Nord de Massachusetts et à l'Ouest du Connecticut. Il était déclaré que cette décision fixait les frontières ; et il fut par conséquent prétendu par les royalistes que les concessions faites avec la sanction du Gouverneur royal de New Hampshire étaient annulées. » 3 Id. 87. Les villes et

villages dont la propriété était ainsi mise en question étaient colonisés largement par des « New Englanders » en vertu des concessions de New Hampshire, 3 Id. 54.

Au commencement de 1775, « le Tribunal de « Common Pleas » devait être instauré par les juges royaux dans ce que l'on appelait alors le « New County of Cumberland », à Westminster, dans les concessions du New Hampshire, sur le versant oriental des Green Mountains. Pour prévenir cette affirmation de juridiction de New-York et de l'autorité du Roi, un groupe de jeunes hommes des fermes voisines prirent possession des locaux du Tribunal, le 13 mars. L'officier public royal qui, (contre le désir des juges avait mobilisé 60 hommes armés de fusils et de gourdins), exigea la possession du bâtiment ; et après avoir lu la loi contre les émeutes et avoir refusé de faire des concessions, ordonna à ses hommes de faire feu assez tard dans la nuit. » 4 Id. 142.

Les colonisateurs adoptèrent le nom de Vermont et, le 15 janvier 1777, déclarèrent qu'ils étaient indépendants de New-York. Au mois de juillet suivant, un Congrès se réunit à Windsor qui, le 8 de ce même mois, acheva une constitution, laquelle fut acceptée par le législateur et fut déclarée constituer une partie des lois de l'État. 2 Charters and Constitutions 1857.

Sur ce, New-York en appela au Congrès, par une série de résolutions proposées par ses délégués à ce Corps le 22 mai 1779. Comme résultat de cela, le Congrès, le 24 septembre 1779, « *Résolut à l'unanimité* qu'il sera et qu'il est par la présente très instamment recommandé aux États de New Hampshire, Massachusetts Bay et New-York de voter immédiatement des lois autorisant expressément le Congrès à instruire et juger tout différend entre eux relativement à leurs frontières respectives, de la manière prescrite par les Articles de Confédération afin que le Congrès puisse faire le nécessaire à ce sujet au plus tard le premier jour de février prochain ; et, en outre, que lesdits États de New Hampshire, Massachusetts Bay et New-York, par des lois expressément votées dans ce but, réfèrent à la décision du Congrès tout différend ou toute controverse relativement à la juridiction qu'ils peuvent avoir respectivement sur les personnes du district ci-dessus mentionné afin

que le Congrès puisse faire le nécessaire à ce sujet le 1er février prochain. »

Le 2 octobre 1779, il fut en outre recommandé à ces États « d'autoriser le Congrès à procéder à l'instruction et au jugement de tout litige existant entre les concessionnaires des divers États ci-dessus mentionnés, soit les uns avec les autres, soit avec l'un quelconque desdits États, au sujet de la propriété des terres situées dans ledit district pour que lesdits litiges soient instruits et jugés par des Commissaires ou des Juges à désigner de la manière prescrite par le 9e article » des Articles de Confédération.

New-York vota la législation nécessaire le 21 octobre 1779 et New Hampshire au mois de novembre suivant. Massachusetts n'avait aucun intérêt réel dans l'affaire. Les personnes les plus intéressées, les colonisateurs du territoire en litige, « procédèrent comme un Gouvernement séparé pour faire des concessions et des ventes de propriétés », c'est pourquoi ils furent blâmés par le Congrès le 2 juin 1780. Leur but évident de ne se soumettre ni à la juridiction de New-York ni à celle de New Hampshire empêcha incontestablement un règlement judiciaire en vertu des Articles de la Confédération. Aucun tribunal ne fut jamais organisé dans ce but ; mais le Congrès lui-même s'occupa de l'affaire. Les 17 et 20 septembre 1780, les agents de New-York soumirent leur affaire au Congrès, prétendant que de 1764 à 1777, les habitants du territoire furent représentés dans la législature de cet État et se soumirent à son autorité. Le 27 du même mois, les agents de New Hampshire présentèrent l'affaire, en prétendant que le territoire en question était dans l'intérieur de New Hampshire et que les personnes qui l'habitaient n'avaient aucun droit à une juridiction séparée et indépendante. L'affaire traîna en longueur sans être réglée jusqu'à une époque postérieure à l'adoption de la Constitution. En fait, elle ne pouvait pas être réglée judiciairement étant donné que l'attitude des colonisateurs avait transformé cette affaire judiciaire en une question politique. En 1781, Massachusetts accepta que Vermont fut déclaré indépendant. New Hampshire suivit en 1781, et New-York en 1790. L'affaire fut alors terminée par le vote de la loi du 18 février 1791, I Stat. 191, qui admettait Vermont dans l'Union le 4 mars suivant.

PENSYLVANIE c/. VIRGINIE

Dans le « Journals of Congress » imprimé à la date du lundi 27 décembre 1779, nous trouvons la mention suivante : « Étant donné qu'il apparaît au Congrès, d'après les déclarations des délégués de l'État de Pensylvanie que des discussions se sont élevées entre les États de Pensylvanie et de Virginie en ce qui concerne leurs frontières, discussions qui sont susceptibles de produire des inconvénients sérieux pour les deux États et contribuer à diminuer leurs efforts dans la cause commune : en conséquence,

« *Résolu*, Qu'il sera recommandé aux parties adverses de n'accorder aucune concession au sujet du territoire en litige ou de ne pas troubler la possession de personnes quelconques vivant sur ledit territoire et d'éviter toute manifestation de force jusqu'à ce que le litige puisse être réglé à l'amiable par les deux États ou être l'objet d'une juste décision par l'intervention du Congrès ; que les possessions prises par force soient rendues aux possesseurs originaux et que les choses soient mises dans la situation où elles étaient au commencement de la présente guerre, sans préjudice aux droits de l'une ou l'autre des parties.

Il n'y a aucune mention subséquente dans « le Journals of Congress » au sujet de cette affaire.

Un accord en vue du règlement fut établi à Baltimore le 31 août 1779. Après un échange de correspondance, le Rév. James Madison, le Rév. Robert Andrews, M. John Page et M. Thomas Lewis furent nommés Commissaires pour le compte de Virginie, et M. John Ewing, M. David Rittenhouse, M. John Lukins et M. Thomas Hutchins, Commissaires pour le compte de Pensylvanie. « La ligne généralement appelée « Ligne Mason et Dixon » fut étendue à l'ouest de 5 degrés de longitude », « à partir du fleuve Delaware, pour la frontière sud de Pensylvanie » ; et « une ligne méridienne tirée de l'extrémité ouest de cette frontière jusqu'à la frontière nord de l'État » devint la frontière occidentale. Le 23 août 1784 la Commission annonça que le fleuve Ohio était atteint.

PENSYLVANIE c/. CONNECTICUT

Le « Journal » du samedi 3 novembre 1781 contient cette mention : « Une demande du Conseil exécutif suprême de l'État de Pensylvanie a été lue relatant une question litigieuse entre ledit État et l'État de Connecticut au sujet de diverses terres situées à l'est du fleuve Susquehanna, et demandant une instruction de l'affaire devant le Congrès en ce lieu, conformément au 9e Article de la Confédération. »

Le 14 novembre 1781, le Congrès désigna le quatrième lundi du mois de juin suivant pour la comparution des États, par leurs agents légaux et ordonna avis de cela dans la forme suivante :

« Par les États-Unis assemblés en Congrès dans la ville de Philadelphie, le 14 novembre en l'an de Notre-Seigneur 1781 et en l'an six de l'Indépendance.

« A l'autorité législative de l'État de Connecticut (Pensylvanie).

« Il est declaré par les présentes que, conformément au 9e Article de la Confédération, le Conseil exécutif suprême de l'État de Pensylvanie a présenté une demande au Congrès disant qu'un litige existe depuis longtemps entre ledit État de Pensylvanie et l'État de Connecticut au sujet de divers territoires situés en deçà de la frontière nord dudit État de Pensylvanie, et demandant une instruction conformément au 9e Article de la Confédération ; et que le quatrième lundi de juin prochain est fixé pour la comparution desdits États de Pensylvanie et de Connecticut par leurs agents légaux, à l'endroit où le Congrès siègera alors, pour instruire l'affaire dans les locaux conformément aux instructions de ladite Confédération. »

Le lundi 24 juin 1782 étant le jour fixé pour la comparution des États par leurs agents MM. William Bradford, Joseph Reed, James Wilson et Jonathan Dickinson Sargent comparurent pour la Pensylvanie et leurs pièces à l'appui furent mentionnées au « Journal ». M. Ellphalet Dyer comparut pour le Connecticut et présenta des pièces à l'appui qui furent aussi mentionnées au « Journal », d'après lesquelles il apparaissait que M. Ellphalet

Dyer, William-Samuel Johnson et Jesse Root étaient les agents dûment accrédités de cet État.

Le 27 juin, Connecticut proposa de remettre l'affaire jusqu'à une époque « postérieure à la fin de la présente guerre » ; laquelle proposition fut rejetée.

Le 16 juillet 1782 les agents de Pensylvanie présentèrent de nouvelles pièces à l'appui qui ne furent pas admises par le Connecticut. Cette opposition, néanmoins, fut l'objet d'un règlement et les agents des deux États reçurent des instructions à l'effet de « désigner, par consentement mutuel, des Commissaires ou juges pour constituer un tribunal destiné à instruire et juger l'affaire en question conformément au 9e Article de la Confédération. »

Le lundi 12 août 1782, le Congrès fut informé par un document signé par les agents des deux parties et mentionné au « Journal » qu'ils étaient tombés d'accord sur les noms de l'honorable William Whipple, de New Hampshire, du Major-général Nathaniel Greene, de Rhode Island, de l'Honorable David Brearley et William Churchill Houston, Esq., de New Jersey, de l'Honorable Cyrus Griffin et Joseph Jones, Esq., de Virginie, et de l'Honorable John Rutledge; de la Caroline du Sud, 5 quelconques d'entre eux ou plus, conformément à leurs accords, constitueraient le tribunal et auraient autorité pour instruire et juger l'affaire et le différend entre les États.

Le 23 août 1782, ils annoncèrent au Congrès que le général Greene ne pouvait pas être présent et que M. Rutledge refusait, et qu'ils avaient convenu de les remplacer par M. Thomas Nelson, de Virginie et M. Welcome Arnold, de Rhode Island ; sur ce, le Congrès prit des mesures pour mandater les juges conformément à la nouvelle liste. Il fut, en outre, convenu entre les parties que le tribunal se réunirait à Trenton, New Jersey, le 12 novembre suivant.

Le tribunal se réunit et commença à siéger à Trenton le 12 novembre 1782. Seuls MM. Brearley et Houston étant présents. Ils s'ajournèrent de jour en jour jusqu'au 18 novembre, date à laquelle un nombre de membres suffisant étant présent; le tribunal

fut organisé pour se mettre à l'œuvre, avec M. Whipple, M. Arnold, M. Brearley, M. Houston et M. Griffin comme membres. Après quelques discussions les agents, de part et d'autre, le 22 novembre, déposèrent un rapport écrit indiquant les prétentions émises par leurs États respectifs.

Pensylvanie invoqua les lettres-patentes de Charles II, du 4 mars 1681, à William Penn dans lesquelles étaient compris le territoire en litige, « par lesquelles lettres-patentes » était -il affirmé, « la juridiction et le droit de gouvernement à l'intérieur des limites ci-dessus indiquées, et aussi le droit de territoire, étaient transférés, et d'après lesquelles la Pensylvanie a été détenue, colonisée et possédée. » Il était aussi déclaré que « diverses personnes prétendant à des droits et appartenant à l'ancienne colonie, actuellement État de Connecticut, avant la Révolution, se sont par violence fixées dans les limites ci-dessus indiquées, et la colonie de Connecticut, par une loi de sa législature votée quelque temps avant la Révolution a encouragé ladite colonisation violente et intrusion, et a affirmé son droit en tant que colonie à une grande partie des terres situées à l'intérieur des limites ci-dessus indiquées, aussi bien au point de vue de la juridiction que du territoire ; et que depuis la Révolution lesdites intrusions sont permanentes et sont accentuées chaque jour par lesdites personnes qui prétendent à des droits en vertu de l'État de Connecticut. »

De la part du Connecticut il était invoqué : — 1° La découverte par Sébastien Cabot en 1497, de 25° N à 60° 30' N ; la désignation d'une partie de la découverte s'étendant de 40° N à 48° N sous le nom de Nouvelle-Angleterre, par Jacques Ier, par lettre-patente en 1620 et l'organisation du Conseil, à Plymouth, pour la gouverner ; — 2° La concession par le Conseil de Plymouth à Sir Henry Roswell, etc., du pays entre le Merrimack et trois milles au sud de l'extrémité méridionale de Massachusetts Bay, de l'Atlantique à la mer occidentale, en 1628 ; — 3° La concession, par le Conseil de Plymouth, en 1631, à Lord Say et Seal, de cette partie de la Nouvelle-Angleterre qui s'étend à 40 lieues du fleuve de Narragansett sur une ligne droite près du rivage de la mer, vers le Sud-Ouest, l'Ouest et par le Sud ou par l'Ouest, suivant la confi-

guration de la côte, vers Virginie et toutes les terres au Nord et au Sud en latitude et en longitude de l'étendue ci-dessus indiquée, sur tout le sol continental de l'Océan occidental à la mer du Sud, — sur laquelle concession le peuple de Connecticut se fixa et établit un Gouvernement, étendant ses possessions jusqu'aux possessions hollandaises près de la rivière Hudson et, dès 1650, jusqu'à la rive occidentale du fleuve Delaware ; — 4° Qu'en 1635, la Plymouth Company dut renoncer à sa Charte, et la Couronne accorda, en 1662, de nouvelles lettres à John Winthrop et autres relativement aux mêmes territoires concédés à Lord Say et Seal, les concessionnaires devant former la Compagnie et la Société de la Colonie du Connecticut, et que, par cela, la colonie avait acquis le droit à tout ce territoire, y compris les terres en litige. Après avoir mentionné la colonisation de New-York et son acquisition par la Couronne britannique, et les lettres-patentes au duc d'York, et le règlement de la ligne-frontière entre Connecticut et New-York, le document affirmait que les terres en litige à l'Ouest de New-York restaient dans la colonie de Connecticut et que la concession, par Charles II à Penn, fut acceptée par celui-ci, avec la connaissance que les frontières nord de sa concession dépassaient les terres antérieurement concédées au Connecticut. Il indiquait aussi que le Connecticut avait fait des concessions de terres à l'intérieur de cette partie du territoire sur les fleuves Susquehanna et Delaware à des colonisateurs du Connecticut qui avaient acquis le titre indien, et que la législature avait approuvé cela et avait exercé sa juridiction sur eux.

L'instruction relative aux prétentions ainsi établies dura de jour en jour jusqu'au 30 décembre 1782, date à laquelle le tribunal rendit le jugement suivant :

« Nous sommes unanimement d'avis que l'État de Connecticut n'a aucun droit aux terres en litige.

« Nous sommes aussi unanimement d'avis que la juridiction et la préemption de tout le territoire situé à l'intérieur des frontières légales de Pensylvanie et actuellement réclamées par l'État de Connecticut appartiennent de droit à l'État de Pensylvanie. »

Ce jugement régla la question de juridiction et de préemption,

mais le droit du sol fut encore l'objet de discussions par les colonisateurs qui n'étaient pas partie à la procédure et qui, pendant de nombreuses années, luttèrent avec un acharnement qui fut presque une guerre civile, pour leurs possessions acquises sous la législation du Connecticut.

Le 23 janvier 1784, quelques-uns de ces colonisateurs se plaignirent au Congrès qu'ils étaient troublés dans l'exercice de leur droit privé aux terres qu'ils tenaient du Connecticut, par d'autres personnes qui se réclamaient du droit de l'État de Pensylvanie et demandèrent qu'un tribunal fût institué conformément au 9e Article de la Confédération pour fixer ledit droit. Sur ce, le Congrès résolut qu'un tribunal serait institué « pour fixer le droit privé de la terre à l'intérieur dudit territoire dans la mesure où celui-ci est, par ledit article, soumis à la décision d'un tel tribunal « et fixa le quatrième lundi du mois suivant pour la comparution des parties par leurs agents. Le 3 juin, le Congrès s'ajourna pour se réunir ensuite à Trenton le 30 octobre ; de sorte que lorsque le jour de la comparution vint il n'y avait pas de Congrès. On n'entendit plus parler de cette affaire ; peut-être parce que toutes les parties finirent par comprendre que l'ensemble de la question avait été instruit et jugé.

Finalement, en 1799, la législature de Pensylvanie vota une loi de compromis et de conciliation par laquelle une indemnité était accordée aux plaideurs de Pensylvanie, et s'il était prouvé qu'un des plaideurs du Connecticut avait réellement colonisé la terre antérieurement à la décision de Trenton, conformément aux règlements existants parmi les colonisateurs, il recevait un titre de propriété de l'Office foncier en payant 2 dollars par acre pour un terrain de première classe, 1 dollar 20 cents pour un terrain de deuxième classe, 50 cents pour un terrain de troisième classe et 8 cents 1/3 pour un terrain de quatrième classe. Des Commissaires furent désignés pour se réunir à Wyoming pour exécuter la loi et c'est ainsi que finalement la paix fut rétablie. Pearce's Annals of Luzerne County, p. 58-98.

NEW-JERSEY c. VIRGINIE

Le 14 septembre 1779, George Morgan, agent pour les propriétaires d'une portion de territoire appelée Indiana, entre le Little Kennewa, le Monongahela et la frontière sud de Pensylvanie, présenta, de leur part, un mémoire au Congrès, montrant que les propriétaires avaient acheté cette portion aux Six Nations et à d'autres Indiens pour le prix de £ 85.916 10 sh. 8 d.; qu'après l'acquisition, elle avait été enlevée à la juridiction de Virginie par le roi en Conseil ; et que Virginie avait repris la juridiction sur elle et était sur le point d'ordonner de procéder à des ventes. Le mémoire demandait que les ventes fussent retardées jusqu'à ce que l'État et les auteurs du mémoire fussent entendus devant le Congrès.

Ce mémoire fut renvoyé à une Commission. Pendant les délibérations de la Commission, Virginie, le 2 janvier 1781, céda aux États-Unis ses droits au territoire au Nord-Ouest d'Ohio. New-York avait déjà fait une cession semblable. Le 16 octobre 1781, les délégués de Virginie portèrent l'affaire devant le Congrès, prétendant que si l'achat invoqué était à l'intérieur des frontières de Virginie, telles qu'elles étaient réglées par la cession (ce qui apparemment était le cas) cette question devait être traitée par l'État; et si l'achat était fait au-delà de ces frontières, alors le Congrès ne devrait recevoir aucune demande adverse à la cession. Ils proposèrent qu'avant d'aller plus loin, la question fût envisagée « de savoir s'il était de l'intention du Congrès d'autoriser la Commission à recevoir des demandes et à les instruire pour le compte desdites compagnies, qui seraient adverses aux prétentions ou aux cessions de Virginie, de New-York ou de Connecticut ». On s'efforça d'amender cette proposition de manière qu'elle fût rédigée comme suit : « S'il n'était pas de l'intention, etc... » ; mais l'amendement ne fut pas admis.

A cette Commission avaient déjà été référées les cessions de New-York, de Virginie et de Connecticut, ainsi que les pétitions des Compagnies. Le 1er mai 1782, il fut fait un rapport recommandant que la cession faite par New-York fût acceptée ; que la

cession faite par Virginie ne fût pas acceptée parce qu'elle était incompatible avec des droits qui appartenaient aux États-Unis et parce que le Congrès ne pouvait pas garantir à cet État tout le territoire entre l'Océan Atlantique, la rive sud-est du fleuve Ohio et les frontières de Maryland, Pensylvanie et de la Caroline du Nord.

Finalement, le 1er mars 1784, l'acte de cession fut présenté au Congrès et accepté par cette Assemblée et mentionné au « Journal » ; mais avant que cela ne fût fait, la pétition suivante fut présentée et lue :

« Aux États-Unis d'Amérique assemblés en Congrès.

« La pétition du Colonel George Morgan, agent pour l'État de New-Jersey, indique respectueusement qu'une discussion existe actuellement entre ledit État et l'État de Virginie, au sujet d'une portion de territoire appelée Indiana, située sur la rivière Ohio et dans les États-Unis : que votre pétitionnaire et autres propriétaires de ladite portion de territoire sont soumis à des difficultés de la part de l'État de Virginie, dont la législature a émis des prétentions à ladite portion de territoire ; que comme conséquence d'instructions données par la législature de New-Jersey à ses délégués au Congrès anno 1781 et des pétitions de propriétaires d'Indiana, anno 1779, 1780 et 1781, une instruction a été obtenue devant un Comité respectable du Congrès qui, après un examen complet et consciencieux de la question, a fait un rapport unanime... d'après lequel l'achat de la Indiana Cy était fait *bona fide*, pour un prix appréciable, d'après l'usage et la coutume d'alors relative aux achats de terres à des Indiens, avec la connaissance, le consentement et l'approbation de la couronne de Grande-Bretagne et des gouvernements d'alors de New-York et de Virginie : que malgré ce rapport, l'État de Virginie continue à prétendre aux terres en question au grand dommage de votre pétitionnaire et d'autres : que votre pétitionnaire, pour son compte et pour compte d'autres propriétaires de ladite portion de territoire, s'est adressé audit État de New-Jersey, dont

quelques-uns d'entre eux sont citoyens, pour demander sa protection ; que la législature dudit État a nommé et désigné votre pétitionnaire comme agent légal dudit État, dans le but exprès de préparer et de présenter au Congrès un mémoire ou une pétition de la part et pour le compte dudit État, exposant l'affaire en question, pour demander une instruction et pour poursuivre la dite instruction jusqu'à un résultat de la manière indiquée par les articles de confédération : que ladite législature a ordonné qu'un mandat sera remis par l'autorité exécutive dudit État à votre pétitionnaire pour les buts ci-dessus mentionnés : qu'un mandat a, en conséquence, été donné à votre pétitionnaire par l'autorité exécutive dudit État dont copie accompagne cette pétition... En conséquence, votre pétitionnaire, en tant qu'agent légal dudit État de New-Jersey, demande une instruction dans ces locaux, conformément au neuvième article de confédération et d'union perpétuelle entre les États-Unis d'Amérique. »

Une proposition fut faite pour renvoyer cette pétition à une Commission, mais elle ne fut pas acceptée. Il fut ensuite proposé d'étudier la pétition et de préparer une réponse. Cette proposition fut encore repoussée et le Congrès procèda immédiatement à l'acceptation de l'acte de cession de Virginie. Aucun tribunal ne fut jamais convoqué et aucune autre mention, à ce sujet, ne se trouve dans le « Journal of Congress ».

MASSACHUSETTS c. NEW-YORK

Le jeudi, 3 juin 1784, le Congrès reçut le rapport d'une Commission à laquelle avait été « référée une pétition de la législature de Massachusetts, demandant qu'un tribunal fédéral fût nommé par le Congrès pour juger un litige entre ledit État et l'État de New-York » ; et résolut « que le premier lundi de décembre prochain soit fixé pour la comparution des dits États de Massachusetts et de New-York par leurs agents légaux au lieu où le Congrès siègera alors ». La forme de l'avis fut réglée par une autre résolu-

tion. Elle contenait une copie de la pétition de l'État de Massachusetts, d'où il apparaissait que le sujet de la controverse était une prétention de Massachusetts à la juridiction concernant une portion de territoire entre 42° 2' N. et 44° 15' N., s'étendant à l'Ouest jusqu'à l'Océan du Sud, qui était partiellement refusée par New-York.

Le mercredi, 8 décembre 1784, les deux parties comparurent par leurs agents et présentèrent leurs pièces à l'appui qui furent mentionnées tout au long dans le « Journal ». Le Congrès donna des instructions pour que chaque partie examinât les pièces à l'appui de l'autre et fît un rapport le vendredi suivant, sur le point de savoir si elles étaient contestées. Aucune objection n'étant faite de part et d'autre, les agents, le 19 décembre 1784, « reçurent des instructions à l'effet de nommer, par consentement mutuel, des commissaires ou des juges, pour constituer un tribunal en vue d'instruire et de juger l'affaire en question conformément au neuvième des articles de Confédération et d'union perpétuelle ».

Le 9 juin 1785, MM. John Jay, Robert R. Livingston et Walter Livingston, agents pour New-York, et MM. John Lowell, James Sullivan, Theophilus Parsons, Rufus King et S. Holton, agents pour Massachusetts, dans un document signé par tous, informèrent le Congrès qu'ils avaient désigné d'un commun accord, Thomas Johnson, George Wythe, George Read, James Monroe, Isaac Smith, William Patterson, Samuel Johnson, William Fleming et John Sitgreaves, Esqrs, comme juges, et demandaient que des mandats leur fussent donnés et qu'il leur fût donné avis de se réunir à Williamsburgh, Virginie, le 3e mardi du mois de novembre suivant, pour instruire et juger le litige.

Omettant quelques-unes des mentions intermédiaires, il suffira de noter que le mardi, 8 avril 1787, le Congrès résolut ce qui suit :

« Étant donné qu'il apparaît d'après le « Journals of Congress » qu'un tribunal fédéral a été institué, conformément aux articles de Confédération et d'Union perpétuelle pour instruire et juger un litige concernant le territoire entre les États de Massasuchetts et de New-York ; étant donné qu'il apparaît, d'après les observations des délégués desdits États au Congrès, que ledit litige a cessé

d'exister et qu'il a été réglé d'une façon définitive par un accord en date du 16e jour de décembre dernier entre les agents desdits États et que toute autre procédure, dans le tribunal ci-dessus indiqué, ou de nouveaux débats dans le tribunal ou relatif audit tribunal sont devenus inutiles :

« *Résolu*, que tout nouveau débat dans ledit tribunal fédéral ou relatif audit tribunal, ainsi que les mandats des juges de ce tribunal cessent et prennent fin. »

L'accord entre les deux États fut alors mentionné tout au long dans le « Journal of Congress ».

CAROLINE DU SUD c. GEORGIE

Le 1er juin 1785, le Congrès résolut « que le second lundi de mai prochain sera fixé pour la comparution des États de la Caroline du Sud et de Georgie par leurs agents légaux et que avis de cette comparution et de la pétition de la législature de l'État de la Caroline du Sud soit donné par le secrétaire du Congrès à l'autorité législative de l'État de Georgie. »

La forme prescrite de l'avis contenait une copie de la pétition de l'État de la Caroline du Sud dans laquelle l'objet du litige était exposé comme suit :

« Que la Caroline du Sud revendique les terres situées entre la frontière de la Caroline du Nord et une ligne à tirer dans la direction de l'Ouest de l'embouchure de la rivière Tugoloo jusqu'au Mississipi, parce que, comme le prétend ledit État, le fleuve Savannah perd ce nom au confluent des rivières Tugoloo et Keowee. Par conséquent, cet endroit est l'origine de la rivière Savannah. L'État de Georgie, d'autre part, prétend que la source de la rivière Keowee doit être considérée comme l'origine de la rivière Savannah. Que l'État de la Georgie, d'autre part, prétend que la source de la rivière Keowee doit être considérée comme l'origine de la rivière Savannah. Que l'État de la Caroline du Sud revendique aussi toutes les terres situées entre une ligne à tirer de la source de la rivière St Mary, la source de l'Altamaha, le

Mississipi et la Floride étant, comme le prétend ledit État, dans les limites de sa charte et n'étant pas annexés à la Georgie par ladite proclamation de 1763 (du roi de Grande-Bretagne). L'État de Georgie, d'autre part, prétend que la portion des territoires mentionnée en dernier lieu est une partie de cet État. »

La date de leur comparution ayant été ajournée, les agents de chaque État comparurent devant le Congrès le lundi 4 septembre 1786 et produisirent leurs pièces à l'appui. Ils reçurent alors des instructions à l'effet de « nommer par consentement mutuel des commissaires ou juges pour constituer un tribunal pour instruire et juger l'affaire en question, conformément au neuvième des articles de Confédération et d'Union perpétuelle. »

Le 11 septembre, les agents de la Caroline du Sud déclarèrent qu'ils ne pouvaient se mettre d'accord au sujet des juges et demandèrent au Congrès de procéder le mercredi suivant « à la désignation d'un tribunal conformément aux articles de Confédération. »

Le mercredi suivant (le 13) les agents des deux États étaient présents. Sur la proposition des délégués de Georgie, il fut « résolu que le Congrès procédera à la désignation d'un Tribunal de la manière qui est indiquée par la Confédération ».

Trois personnes furent alors désignées dans chacun des États et sur la liste des personnes ainsi nommées, chaque partie, alternativement, récusa un nom, jusqu'à ce que le nombre fût réduit à 13. Alors, sur la proposition des délégués de la Caroline du Sud, ces noms furent mis dans une boîte et les neuf noms suivants en furent retirés en présence du Congrès : Alexander Contee Hanson, James Madison, Robert Goldsborough, James Duane, Philémon Dickerson, John Dickinson, Thomas McKean, Egbert Benson et William Pynchon. Le lendemain, 14 septembre, les délégués de Georgie proposèrent que ce Tribunal siégeât dans la ville de New-York. Le premier lundi du mois de mai suivant, les délégués de la Caroline du Sud proposèrent un changement en substituant le troisième lundi du mois de novembre suivant. Cet amendement étant repoussé, la proposition initiale fut votée.

Il n'y a rien, dans le Journal of Congress, indiquant que ce

tribunal ait jamais siégé. Le différend fut réglé par compromis entre les deux États, dont les 1er et 2e articles se trouvent dans 93 U. S., pp. 5, 6, *Caroline du Sud c/. Georgie.*

---

12. — REPORT OF THE COMMITTEE ON DETAIL. (Rapport du Comité de détail). presented by M. Rutledge, to the Federal Convention, August 6, 1787. (1).

ARTICLE IX

Sect. 2. — Dans tous les désaccords et controverses existant actuellement, ou qui pourront exister par la suite entre deux ou plusieurs États au sujet de la juridiction ou du territoire, le Sénat possédera les pouvoirs suivants. Quand la législature ou le Pouvoir exécutif ou l'Agent légal d'un État quelconque, en désaccord avec un autre, soumettra l'affaire en question sous forme de mémoire au Sénat et en requerra l'instruction, notification de ce mémoire et de cette requête sera faite à l'autre État en désaccord. Le Sénat fixera aussi un jour pour la comparution des parties, par leurs Agents devant la Chambre. Les Agents recevront des instructions à l'effet de désigner, par consentement mutuel, des commissaires ou juges pour constituer un Tribunal en vue d'instruire et de décider de l'affaire en question. Mais si les Agents ne peuvent s'accorder, le Sénat désignera trois personnes dans chacun des différents États ; et sur la liste de ces personnes, chaque partie alternativement en supprimera une jusqu'à ce que le nombre en soit réduit à treize, et sur ce nombre sept noms au moins et neuf au plus, suivant que l'ordonnera le Sénat, seront, en leur présence, tirés au sort ; et les personnes dont les noms sortiront de cette manière, ou cinq quelconques d'entre elles, seront commissaires ou juges pour instruire l'affaire et en décider en dernier ressort, pourvu qu'une majorité des juges qui instruiront l'affaire soit d'accord dans la décision. Si l'une des parties néglige de se présenter au jour fixé sans donner des raisons d'absence suffisantes, ou étant présente refuse de s'accorder, le Sénat procédera à la désignation de trois

(1) Voyez M. FARRAND, The Records of the Federal Convention of 1787, New-Haven, 1911, vol. II, pp. 183-185.

personnes dans chaque État, et le Secrétaire du Sénat s'accordera pour le compte de la partie absente ou refusante. Si l'une quelconque des parties refuse de se soumettre à l'autorité de ce tribunal, ou ne comparaît pas en vue de poursuivre ou de défendre sa demande ou sa cause, le Tribunal procédera néanmoins à la prononciation du jugement. Le jugement sera définitif et sans recours. La procédure sera transmise au Président du Sénat et sera déposée parmi les registres publics pour la garantie des parties intéressées. Chaque commissaire, avant de siéger comme juge, prêtera serment, lequel devra être reçu par l'un des juges de la Cour suprême ou supérieure du Sénat où la cause sera portée, « de bien et vraiment instruire et juger l'affaire en question au mieux de son jugement, sans faveur, affection, ou espoir de récompense. »

Sect. 3. — Tous litiges concernant des terres revendiquées en vertu de concessions différentes de deux ou plusieurs États, dont les juridictions, en tant qu'elles concernent de telles terres auront, été décidées ou réajustées à la suite de telles concessions, seront, sur demande adressée au Sénat, jugés en dernier ressort, aussi exactement que possible, de la même manière qu'il est prescrit ci-dessus pour décider des litiges entre États.

13. — PROCEEDINGS OF THE FEDERAL CONVENTION. Procès-verbal de la séance du 24 août 1787 (1).

Sect. 2 *et* 3 de l'art. IX venant en discussion.

M. RUTLEDGE a dit que cette disposition (relative aux décisions de litiges entre États) était nécessaire sous le régime de la Confédération, mais qu'elle sera rendue inutile par la Judicature nationale qui doit maintenant être établie et a proposé de la supprimer.

Le Dr JOHNSON a appuyé cette proposition.

M. SHERMAN a été du même avis : de même M. DAYTON.

M. WILLIAMSON a demandé l'ajournement au lieu de la suppression, en vue d'étudier si cette disposition ne pourrait pas être utile dans les cas où la Judicature aurait un intérêt commun avec les parties ou aurait des rapports trop étroits avec elles.

M. GHORUM a exprimé des doutes au sujet de la suppression. Les juges pourraient avoir des rapports avec les États parties. Il a incliné à croire que le mode proposé dans la clause serait plus satisfaisant qu'un renvoi de telles affaires devant la judicature.

La question de l'ajournement des sections 2 et 3 a été résolue par la négative. [N. H. oui, Massts non (Cont non), N. J. non, Penna abst., Del. non, Md. non, Virg. non, N. C. (oui), S. C. non, Geo. oui].

M. WILSON insiste pour l'urgence, la judicature étant à même d'en connaître.

A la question d'urgence pour les section 2 et 3 de l'Art. IX [N. H. oui, Massts oui, Ct. oui, N. J. oui, Penna abst., Del. oui, Md. oui, Virg. oui, N. C. non, S. C. oui, Geo. non].

14. — PROCEEDINGS OF THE FEDERAL CONVENTION. Procès-verbal de la séance du 27 août 1787 (2).

M. SHERMAN a proposé d'insérer, après les mots « entre citoyens des différents États » les mots « entre citoyens des mêmes États revendiquant des terres en vertu des concessions des différents États » — d'après la disposition de l'article 9 de la Confédération, — ce qui a été accepté.

(1) FARRAND. The Records of the Federal Convention of 1787, t. II, p. 400-401.
(2) FARRAND. Vol. II, p. 431-432.

15. — Constitution des États-Unis d'Amérique, 1787. (1).

Préambule.

Nous, Peuple des États-Unis, en vue de former une union plus parfaite, d'établir la justice, d'assurer la tranquillité domestique, de pourvoir à la défense commune, d'accroître le bien-être général et d'assurer à nous-mêmes et à notre postérité les bienfaits de la liberté, ordonnons et établissons la présente Constitution pour les États-Unis d'Amérique.

Article premier

Section I

Tous les pouvoirs législatifs accordés par le présent acte seront confiés à un Congrès des États-Unis, qui sera composé d'un Sénat et d'une Chambre des représentants. . . . .

Section 8

Le Congrès aura le pouvoir : . . . .

(10) De définir et châtier les actes de piraterie et de félonie commis en pleine mer, ainsi que les atteintes portées au droit des gens ;

(11) De déclarer la guerre, d'accorder des lettres de marque et de représailles, et de faire des règlements touchant les prises sur terre et sur mer. . . . .

Article III

Section 1

Le pouvoir judiciaire des États-Unis sera confié à une Cour

(1) La Constitution fut ratifiée au cours des années 1787 et 1788 par 11 Etats ; son entrée en vigueur date du 4 mars 1780. La Caroline du Nord la ratifia le 21 novembre 1789, et le Rhode-Island (le dernier des 13 Etats originels) le 29 mai 1789.

suprême et à telles cours inférieures que le Congrès jugera nécessaire de créer et d'établir. Les juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leur place tant que durera leur bonne conduite, et ils recevront pour leurs services, à des époques fixes, une indemnité qui ne pourra être diminuée pendant la durée de leurs fonctions.

Section 2

(1) Le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas, en droit ou en équité, qui naîtront de la présente Constitution, des lois des États-Unis, des traités conclus ou à conclure sous leur autorité ; — à tous les cas concernant les ambassadeurs et autres ministres publics ou consuls ; — à tous les cas d'amirauté et de juridiction maritime ; — aux contestations dans lesquelles les États-Unis seront partie ; — aux contestations entre deux ou plusieurs États ; — entre un État et des citoyens d'un autre État ; — entre des citoyens de divers États ; — entre citoyens du même État réclamant des terres en vertu de concessions faites par d'autres États ; — entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers.

. . . .

Article VI

. . . .

(2) La présente Constitution et les lois que les États-Unis se donneront en conséquence, ainsi que tous les traités faits ou à faire sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; les juges de chaque État seront tenus de s'y conformer, nonobstant toute disposition contraire dans la Constitution ou les lois particulières d'un État.

Article VII

La ratification des Conventions de neuf États sera suffisante pour l'établissement de cette Constitution entre les États qui l'auront ainsi ratifiée . . . .

16. J. Dubs. — **Le droit public de la Confédération Suisse, Neuchâtel, 1878-1879,** 2e partie, p. 105-117, 117-122, 126-127.

TRIBUNAL FÉDÉRAL

L'histoire du développement de cette institution n'intéresse pas seulement la Suisse ; elle a une portée plus générale, comme l'a déjà reconnu Robert von Mohl dans un excellent mémoire : « Essai historique sur les tribunaux fédéraux », inséré dans la *Revue de Tubingue pour les sciences politiques* (1870), mais qui, malheureusement n'a pas pu embrasser la dernière phase de notre développement. En effet, aucun État fédératif de l'Ancien ni du Nouveau-Monde n'a eu, sous ce rapport, un développement aussi riche de phases et de formes diverses que la Confédération suisse.

L'expérience démontre que, dans presque tous les États, le développement juridique ne commence pas tant par la fixation du droit que par l'institution d'un *juge*. Au début, le juge est une sorte de prêtre qui reçoit la connaissance du droit par une révélation divine directe qu'il ne fait que proclamer. Il est aussi, en vertu de son serment, mystérieusement lié à la divinité, qui lui parle aussi bien par la voix de la conscience que par le moyen de la raison. Il en était ainsi dans la Confédération. Jusqu'à nos jours, on comprenait, sous le nom de « Droit fédéral », l'organisme qui était destiné à maintenir le droit dans la Confédération ; mais, sous ce nom, l'on comprenait moins des règles de droit positif que la procédure et la sentence judiciaires, car jusqu'à aujourd'hui, nous n'avons que des rudiments sporadiques d'une législation juridique fédérale. Le droit fédéral avait pour but d'exclure du sein des États confédérés la défense personnelle, et d'établir des institutions destinées à prévenir et à résoudre les contestations

entre les États. C'était donc une institution de *droit public*, qui primitivement ne visait ni le droit privé, ni le droit pénal. Quant à la justice à rendre à l'intérieur des cantons, c'était l'affaire de ces derniers.

Les premiers rudiments de cette institution se rencontrent déjà dans les plus anciens documents des trois cantons primitifs de 1291 et de 1315, et sous une forme très particulière. « S'il s'élevait, disent ces actes, une mésintelligence ou une guerre entre ces confédérés, les meilleurs et les plus sages (dans le texte latin « prudentiores », texte allemand « die Wizigsten ») viendront et apaiseront la guerre ou la discorde à l'amiable et selon le droit. » On prévoit donc qu'il y aura des juges qui s'attribueront eux-mêmes le mandat de juger ; ils seront, dans le domaine juridique, ce que sont, dans un incendie, des gens qui courent au feu. La discorde imminente ou déchaînée est traitée comme un feu qui doit être étouffé immédiatement, avec l'aide de tous, avant qu'il s'étende davantage. Tous ceux qui croient pouvoir y contribuer en quelque manière sont invités à le faire.

Quelque confuse qu'une telle organisation puisse paraître à notre siècle raffiné, personne ne pourra méconnaître ce qu'elle renfermait au fond de digne et de vraiment populaire ; il nous reste d'ailleurs, d'une période un peu postérieure, un exemple éclatant d'une pareille intervention tout à fait libre de la part d'un simple particulier dans une contestation de droit public. Nicolas de Flue n'avait aucun mandat quelconque pour arranger le différend qui s'était élevé entre les Confédérés après les guerres de Bourgogne ; il n'agissait qu'en vertu de la stipulation indiquée ci-dessus, et, d'après les termes du Recès de la Diète, il paraît s'être donné beaucoup de peine pour pacifier les esprits pendant longtemps, même pendant des années, jusqu'au moment où il réussit à éteindre l'incendie, comme l'a démontré tout récemment, d'une manière péremptoire, de Segesser, dans un mémoire cité plus haut.

Il est dans la nature des choses que l'on ne se soit pas pressé en foule pour remplir ces fonctions judiciaires volontaires, auxquelles étaient appelés non pas les hommes de partis ardents (car

le proverbe dit : « fougueux n'est pas sage »), mais les citoyens paisibles, et que les magistrats et les personnes qui avaient pour cela une « vocation intérieure » y aient seuls pris part ; la chose était moins grave, le premier but indiqué étant l'arrangement d'une contestation « à l'amiable » et le jugement « selon le droit » ne venant qu'en seconde ligne. Il faut en outre remarquer que, dans ce dernier cas, une grande responsabilité était attachée au jugement, car il était prescrit « que pour l'exécution, les autres confédérés devaient se mettre du côté de celui qui avait accepté la sentence et contre celui qui y contreviendrait ».

Cette première forme des tribunaux fédéraux, qui apparaît dans les alliances des trois États, a quelque chose d'une idylle patriarcale ; c'est l'assistance de bons voisins, chez lesquels la bonne volonté générale supplée abondamment aux formes défectueuses. La justice fédérale conserva encore ce caractère lors de l'entrée dans la Confédération du quatrième État forestier, Lucerne, à l'occasion de laquelle les Länder, toujours mus par quelque méfiance envers la ville, se réservèrent du reste de régler entre eux leurs propres querelles.

En revanche, avec l'entrée de la ville impériale de Zurich dans la Confédération (1351), nous abordons une seconde phase du développement du droit fédéral, qui, sous différentes formes, fit règle jusqu'en 1848 ; il s'agit du règlement des contestations par des *tribunaux d'arbitres*. Ces tribunaux étaient alors en usage dans toutes les Confédérations des villes ; ils ne sont donc pas une invention de la Confédération suisse. En revanche, c'est elle qui, dans la suite, les a conservés le plus longtemps, comme l'a fait ressortir, dans son ouvrage sur le droit des gens, le célèbre Vattel. A la place du juge siègeant en vertu d'une vocation intérieure, apparaît, dans le tribunal arbitral, le juge par une vocation extérieure. On peut se demander lequel de ces deux juges est, à proprement parler, le meilleur? Cependant l'on ne peut méconnaître que les États plus éloignés les uns des autres et liés par des rapports déjà plus complexes, aient été presque nécessairement poussés à ce changement. L'idylle ne convient pas à toutes les formes de la vie, quelque rafraîchissant d'ailleurs que soit pour le cœur un coup d'œil rétrospectif sur sa simplicité naturelle.

La fonction de juge arbitre est belle, car elle témoigne d'une grande confiance dans le juge choisi par l'une des parties. Mais c'est précisément là ce qui fait la faiblesse de cette institution. En effet, la partie qui n'a pas nommé ce juge nourrit ordinairement à son égard une méfiance également grande, la confiance de la partie adverse la faisant douter de l'impartialité de cet arbitre. Et l'on ne peut nier qu'en pratique, aujourd'hui encore, dans la plupart des arbitrages, les arbitres choisis par l'une des parties ne se prononcent pour la cause de celle-ci, et qu'alors le jugement final ne procède du juge préposé au tribunal arbitral que l'on nomme surarbitre (autrefois « l'homme commun »).

Commençons l'exposé de l'organisation des tribunaux d'arbitres par les choses accessoires. Dans presque toutes les lettres d'alliance, on trouve soigneusement déterminé le *lieu* où les arbitres doivent se réunir. En effet, ce point n'est pas indifférent. Tout homme est, jusqu'à un certain point, dépendant de son entourage, d'où il tire chaque jour son aliment spirituel ; involontairement il subit l'influence de l'esprit de ceux avec lesquels il vit. Le lieu où siège le tribunal d'arbitres doit être le plus possible un endroit entièrement neutre. Zurich et les Cantons forestiers désignaient comme lieu de réunion pour leurs tribunaux d'arbitres, les monastères d'Einsiedeln. Il y avait là une imitation vraisemblablement involontaire des assemblées arbitrales des Grecs *(Amphictions)*, qui avaient coutume de se réunir autour d'un sanctuaire national. Le jugement recevait, du lieu où il avait été rendu, une sorte de consécration religieuse. Berne et les Cantons forestiers désignaient les villages de Kienholz et Zofingen, localités neutres situées entre les deux parties. Dans les alliances postérieures, Baden en Argovie est souvent nommé. On évite régulièrement les chefs-lieux des cantons.

Le nombre des juges à désigner par chacune des parties est d'ordinaire fixé à deux. Dès lors, c'est devenu pour toutes les affaires importantes un usage constant, même dans les relations privées ordinaires. Pour les affaires moins importantes, on se contente cependant d'un juge à désigner par chacune des parties.

De bonne heure déjà, on a prévu le cas où les arbitres ne seraient

pas d'accord, ou, comme s'expriment les documents, « où ils se heurteraient » *(stössing)*, et l'on a cherché soit à prévenir ce mal, soit à en écarter les effets.

Comme moyen préventif, on déliait les arbitres du serment de fidélité prêté à leur gouvernement et on leur promettait qu'ils n'auraient à souffrir aucun dommage pour leur jugement ; puis ils juraient, au nom de Dieu et des saints, de rendre leur sentence sans délai, et de juger à l'amiable et selon le droit.

Pour écarter une divergence entre les arbitres, on procédait de différentes manières :

1° — Dans l'alliance de Zurich avec les Waldstätten, on stipula que les quatre juges devaient d'abord chercher à se mettre d'accord ou à former entre eux une majorité. Mais si les voix étaient égales, on devait procéder à l'élection d'un surarbitre. Dans l'alliance de Berne avec les Waldsttäten, au contraire, c'est d'abord le surarbitre qui est élu, puis les parties lui adjoignent les autres arbitres. Le dernier système, qui, dès le début, prévoit la composition complète du tribunal d'arbitres, et qui remet déjà toute la procédure en des mains impartiales, est incontestablement le meilleur, et c'est aussi celui qui, dans la suite, l'a emporté.

2° — Quant au mode employé pour l'élection du surarbitre, il y avait différents systèmes :

a) Libre choix par les quatre arbitres (Zurich et Waldstätten) ;

b) Choix limité par les mêmes personnes. Dans l'alliance avec Rottweil, il est stipulé que le surarbitre devra être pris dans les villes de Saint-Gall ou de Mulhouse, par conséquent dans des villes alliées. Il est de même statué dans l'alliance de 1584 entre les villes de Zurich, Berne et Genève, que le surarbitre devra être choisi dans le petit Conseil des villes de Saint-Gall, Mulhouse ou Bienne.

c) Choix par les parties elles-mêmes. A cet égard, l'alliance entre Berne et les Waldstätten contient un système remarquable, que Mohl fait ressortir avec raison comme témoignage de confiance naïve dans l'honorabilité générale. S'il surgit un conflit, le deman-

deur désigne le surarbitre, mais sur une liste de seize citoyens honorables des Waldstätten ou de l'autre côté de membres du Conseil de Berne, que présente le *défendeur*. L'élu doit ensuite jurer de juger en surarbitre. Malheureusement ce système, appliqué lors d'un conflit sérieux, l'affaire de Ringgenberg, ne soutint pas l'épreuve.

d) Ce ne fut qu'avec le Pacte de 1815 que l'on arriva au choix du surarbitre par les États non intéressés.

La question du choix du surarbitre est incontestablement le point essentiel de tout le système du tribunal d'arbitres, car, dans la règle, il est seul juge réel et impartial. Mais il est difficile de trouver un système d'élection qui satisfasse tous les vœux. Si l'on y apporte de trop grandes complications, le système présente de grands désavantages, déjà à cause de l'ajournement du jugement, de la grandeur des frais, et pour d'autres motifs encore.

Les systèmes présentent aussi des divergences sur la question de la compétence du surarbitre. D'après l'un d'eux, le surarbitre ne pouvait que se joindre à l'un des avis en présence ; d'après les autres, il était libre de prononcer son jugement comme il le trouvait bon. Le premier système met parfois le surarbitre dans une position peu convenable.

Le système des tribunaux d'arbitre, si riche et si diversement appliqué, se serait certainement développé davantage encore dans la Confédération suisse, surtout après que la guerre de Zurich eut provoqué de nombreux conflits, si la scission religieuse n'eût pas arrêté momentanément ce développement. A plusieurs reprises, après la réformation, la Diète essaya de perfectionner ce système, mais sans résultat pratique. Il croula tout entier avec l'ancienne Confédération, et ne reprit vie qu'en 1815 avec le Pacte fédéral, qui lui donna une organisation uniforme. L'art. 5 de ce Pacte résume assez bien les réformes tentées précédemment : aussi le reproduisons-nous ici, car il fournit la meilleure conclusion à notre exposé du système général des tribunaux d'arbitres dans la Confédération.

Art. 5. — Toutes les prétentions et contestations qui s'élèveraient entre les cantons sur des objets non compris dans la garantie

du Pacte d'union, seront soumises au droit confédéral ; la manière de procéder et la forme de droit sont réglées de la manière suivante :

Chacune des parties choisit entre les magistrats d'autres cantons deux arbitres, ou, si elles en sont d'accord, un seul arbitre.

Si le différend existe entre plus de deux cantons, chaque partie choisira le nombre d'arbitres déterminé.

Ces arbitres réunis cherchent à terminer le différend à l'amiable et par la voie de la conciliation.

S'ils ne peuvent y parvenir, les arbitres choisiront un surarbitre entre les magistrats d'un canton impartial dans l'affaire et d'où l'on n'aurait pas pris déjà l'un des arbitres.

Si les arbitres ne peuvent absolument pas s'accorder sur le choix d'un surarbitre et que l'un des cantons vienne à s'en plaindre, le surarbitre est nommé par la Diète ; mais, dans ce cas, les cantons qui sont en différend n'ont pas droit de voter. Le surarbitre et les arbitres essayent encore d'accorder le différend, ou bien, si les parties s'en remettent à eux, ils décident par compromis. Aucun des deux cas ci-dessus n'échéant, ils prononcent définitivement sur la contestation selon le droit.

Il ne peut être interjeté appel de cette sentence, et la Diète, en cas de besoin, la fait exécuter.

La question des frais, savoir les déboursés des arbitres et du surarbitre, doit être décidée en même temps que la question principale.

Les arbitres et surarbitres nommés d'après les dispositions ci-dessus seront déliés par leur gouvernement, pour le différend dont il s'agit, du serment qu'ils ont prêté à leur canton.

Dans les différends quelconques qui viendraient à s'élever entre les cantons, ceux-ci s'abstiendront de toute voie de fait, à plus forte raison de l'emploi des armes, et se conformeront à la décision rendue.

On voit déjà par cette organisation uniforme des tribunaux d'arbitres par la Diète (car précédemment ils n'étaient institués que par les alliances individuelles), que nous approchons de la période du juge légal ; et, en effet, en 1848, chose remarquable, du consentement de tous les États, l'on passa à l'institution d'un *Tribunal fédéral ;* preuve évidente que le système des tribunaux

d'arbitres avait été reconnu insuffisant. Les inconvénients de ce système en général sont nombreux : d'abord, la formation d'un tribunal pour chaque procès et la nécessité de convenir chaque fois de certaines stipulations pour la procédure, exigent un déploiement de forces sans proportion ; puis les garanties nécessaires pour une composition impartiale de ces tribunaux font défaut, et l'on n'obtient une certaine égalité des parties qu'en redoublant le mal de la composition partiale du tribunal et en le neutralisant ainsi en quelque mesure ; ensuite, avec ces tribunaux de hasard, l'organisation de la procédure est défectueuse, et dès lors l'on ne s'oriente pas facilement au milieu des incidents du procès ; en outre, souvent le procès traîne en longueur et devient énormément coûteux ; enfin surgissent des questions de compétence et aussi des difficultés de toute espèce au sujet de l'exécution des jugements, ce qui compromet le résultat lui-même obtenu avec tant de peine. Nous ne voulons pas dire par là que les tribunaux d'arbitres ne puissent convenir là où les difficultés indiquées restent à l'arrière-plan, ou lorsque le sujet du conflit est de telle nature que ces difficultés disparaissent en partie, ou que, pour des raisons quelconques, par exemple pour avoir des juges tout à fait spéciaux et experts, l'on désire se passer de tribunaux ordinaires. Aussi, dans les États libres, ne met-on aucune entrave aux tribunaux d'arbitres, quand les parties les préfèrent, et ceci fait règle partout en Suisse. Dans des contestations politiques, les tribunaux d'arbitres offrent encore l'avantage d'éviter tout déploiement de force de l'autorité judiciaire, puisque le juge disparaît toujours, une fois la sentence rendue. Cette institution convient encore très bien pour des unions politiques libres. Nous aurons à parler plus tard d'un domaine où nous estimons que les tribunaux d'arbitres seraient tout à fait en place : c'est celui des contestations religieuses.

Mais quand l'association politique devient plus intime et plus solide, le progrès conduit généralement et d'une manière parfaitement naturelle au tribunal organisé légalement. On obtient par là plusieurs avantages : l'on institue ce juge pour toute une série de cas, sans égard à une cause spéciale ; ceux qui le nomment sont tout à fait impartiaux ; ils peuvent peser avec soin ses qualités morales

et ses capacités techniques ; l'on introduit un ordre fixe dans la procédure, une tradition dans le jugement au fond, et la clarté dans l'exécution ; enfin, dans la vie publique, l'on trouve, dans le pouvoir du juge, un ferme boulevard contre le bon plaisir et l'arbitraire, d'où qu'ils viennent. Ces avantages d'une organisation légale des fonctions judiciaires l'emportent de beaucoup sur les quelques inconvénients qu'elle peut présenter, surtout quand on laisse la faculté de recourir, dans certains cas spéciaux, à des tribunaux d'arbitres, et de récuser d'un tribunal ordinaire un juge qui, dans un cas particulier, n'aurait pas toute l'impartialité nécessaire.

Mais avant d'examiner l'institution du tribunal fédéral créée en 1848 et développée en 1874, qui forme la troisième phase du développement de la justice fédérale, nous jetterons encore un coup d'œil sur la période de 1798 à 1815, qui a fait une brèche dans le système des tribunaux d'arbitres. Dans l'État unitaire de la République helvétique, de 1798 à 1803, la justice ne pouvait naturellement recevoir aucune organisation fédérale ; on institua au-dessus des tribunaux cantonaux (les cantons étant envisagés comme des districts de la république une et indivisible) une Cour de justice suprême composée de juges pris dans les cantons, chacun de ceux-ci en nommant un ; ce tribunal jugeait les membres des autorités supérieures, prononçait sur les affaires criminelles les plus graves, et, dans les causes civiles, jouait le rôle d'une Cour de cassation qui cassait les sentences des tribunaux inférieurs frappées de nullité, soit pour défaut de compétence, soit pour vice de forme, ou pour violation de la constitution.

Avec l'Acte de médiation, cette Cour de justice fut supprimée ; il devint dès lors nécessaire de créer de nouveau un système fédéral pour régler les différends entre les cantons. Cela donna lieu à une institution tout à fait particulière. On pourvut à ce que les cantons pussent, en première ligne, s'entendre devant les tribunaux d'arbitres, sur l'organisation desquels on statua seulement que le landammann de la Suisse pouvait les nommer en dehors des sessions de la Diète, mais seulement en qualité de médiateurs (article 21). Mais, disait l'article 36 de la Constitution, si les différends ne se terminent pas par voie d'arbitrage, c'est la *Diète* qui en décide. Dans ce dessein, après avoir terminé ses travaux ordinaires,

elle se formait en Cour de justice (syndicat), mais alors chacun des deux députés avait une voix, et l'on ne pouvait leur donner aucune instruction à ce sujet. Il y avait dès lors, à côté du chancelier, un greffier pour ces travaux de la Diète. Cette institution est surtout singulière en ce que, contrairement à la doctrine moderne de la nécessité de la séparation des pouvoirs, elles les confond complètement : la Diète, seule autorité législative et exécutive, étant devenue aussi par là le seul pouvoir judiciaire.

Cette institution disparut avec l'Acte de médiation ; cependant elle laissa des traces et reparut d'une manière plus restreinte dans la stipulation relative aux compétences du Tribunal fédéral de 1848, comme nous le verrons bientôt.

En 1848, on était unanime, comme nous l'avons dit, pour passer du système des tribunaux d'arbitres à la fondation d'un Tribunal fédéral que la Confédération devait organiser elle-même. Cette *organisation* ne rencontra aucune difficulté. On la composa de 11 membres et de 11 suppléants, pour avoir la possibilité d'y faire une place à chacun des cantons. On remit l'élection aux mains de l'Assemblée fédérale ; la durée des fonctions fut fixée à trois ans ; l'on statua que le président et le vice-président seraient nommés chaque année ; que le jugement des causes pénales aurait lieu avec le concours de jurés, et enfin que les membres seraient indemnisés pour leurs fonctions au moyen de vacations. On laissa au Tribunal lui-même le soin de désigner les lieux de ses réunions.

La fixation des compétences de cette Cour de justice occasionna de beaucoup plus grandes difficultés. Dès le début, prévalut l'opinion qu'il ne fallait pas trop étendre ces compétences ; l'on se rappelait les cas qui, sous l'empire du Pacte de 1815, avaient donné lieu à des sentences arbitrales fédérales, et ce fut surtout d'après cela que l'on détermina le champ d'activité du futur Tribunal. Au premier rang étaient les contestations civiles entre les cantons. En général, elles étaient rares ; mais précisément alors, par suite du rachat des revenus postaux, il y avait en perspective toute une série de procès de cette nature. Venaient ensuite des différends entre la Confédération et un canton, qui devaient être vidés, cela va de soi, par le Tribunal fédéral. Dans cet ordre

d'idées, on attribua encore au Tribunal fédéral la connaissance de différends entre la Confédération d'un côté, et des corporations ou des particuliers de l'autre, lorsqu'il s'agissait de questions importantes à déterminer par la législation fédérale; enfin la matière un peu compliquée des différends relatifs à l'heimathlosat, qui avait surtout occupé la justice fédérale. Nous en avons déjà parlé en détail dans la première partie de notre ouvrage.

On voit que la Constitution a limité d'une manière très étroite la compétence civile du Tribunal fédéral. Cependant l'article 106 permettait à la législation fédérale de faire rentrer d'autres affaires dans la compétence du Tribunal fédéral ; dans la suite, la législation fit deux fois usage de ce droit, d'abord en assignant au jugement du Tribunal fédéral les contestations pour expropriation en matière de chemin de fer, et une seconde fois les demandes en séparation de mariage mixte. Ces objets constituèrent bientôt, en effet, les principaux travaux du Tribunal fédéral, et cependant, comme le fait déjà remarquer le D[r] Blumer, ils étaient peu conformes à la position de ce tribunal. Nous aurons encore à y revenir dans le cours de notre ouvrage. . . . . . .

La Constitution de 1848 devait régler en troisième lieu les questions de contestations *politique* et de *droit public*, et voici les dispositions particulières qu'elle prit à ce sujet :

On établit comme règle que le Tribunal fédéral ne devait *absolument pas* s'occuper de ces différends. L'opinion qui prévalut dans la Diète constituante fut d'établir une distinction entre les différends politiques et les contestations de droit public, de réserver les premières à l'Assemblée fédérale et de remettre les secondes au Tribunal fédéral. Mais lors de la rédaction définitive, on revint de cette opinion, et l'on réserva toutes les contestations de droit public à l'Assemblée fédérale. On ne peut pas regretter que l'on se soit abstenu de faire cette distinction, parce qu'elle eût presque certainement donné lieu à des contestations interminables pour préciser ce qui est conflit politique et ce qui est conflit de droit public. Ces domaines se touchent de si près qu'une délimitation bien nette eût été presque impossible. En revanche, on aurait pu tout aussi bien attribuer toute la matière au Tribunal fédéral qu'à

l'Assemblée fédérale. Cependant l'on était tellement éloigné de cette idée que l'on admit dans l'art. 101 : que, pour empêcher que l'on n'introduise des contestations de cette nature subrepticement, même pour les contestations civiles entre cantons, ou entre la Confédération et un canton, l'affaire doit être portée au Tribunal fédéral par l'intermédiaire du Conseil fédéral, et que si le Conseil résoud négativement la question de savoir si l'affaire est du ressort du Tribunal fédéral, le conflit est décidé par l'Assemblée fédérale. Cependant, l'Assemblée fédérale se réserva, par l'art. 105, la possibilité de renvoyer au Tribunal fédéral, par décision spéciale de l'Assemblée fédérale, des plaintes sur la violation des droits garantis par la Constitution fédérale. Mais pendant les vingt-cinq ans d'existence de la Constitution de 1848, on n'a fait usage de cette faculté qu'une seule fois. Il ne faut pas trop s'en étonner ; car la question de savoir si, dans tel cas spécial, les plaintes devaient être renvoyées devant le Tribunal, occasionnait chaque fois dans les Conseils de tels débats sur le principal objet en litige, que l'on estimait faire mieux d'en décider sur-le-champ.

Ainsi, sous la Constitution de 1848, tout le vaste domaine des atteintes portées aux droits garantis constitutionnellement (soit que les plaintes provinssent de particuliers ou de cantons, soit qu'elles fussent dirigées contre la Confédération ou contre les cantons, soit que les violations imputées concernassent la Constitution fédérale ou une Constitution cantonale), était entre les mains de l'Assemblée fédérale en qualité d'instance suprême, comme à l'époque de l'Acte de médiation. Avec le temps s'est établie la pratique suivante : d'abord le Conseil fédéral prononçait sur ces plaintes, puis il pouvait y avoir recours de son jugement auprès de l'Assemblée fédérale.

Il y avait là une réunion d'inconvénients majeurs. En effet, dans tous les conflits entre la Confédération et un canton, l'on n'avait pas autre chose qu'un jugement de parti pur et simple, et l'on comprend que, dans la règle, ce jugement devait être favorable à la souveraineté fédérale ; mais, dans les autres cas non plus, il n'existait aucune garantie que le jugement fut prononcé selon le droit. Un jugement semblable n'est nullement l'affaire d'une autorité politique comme l'Assemblée fédérale ;

le motif qui prédomine chez elle est le motif politique. Si l'on doit en théorie abhorrer la maxime prêchée par Druey : « En politique, il n'y a pas de justice », aucun politique expérimenté ne contestera que dans la pratique elle renferme beaucoup de vrai. Le résultat injuste ne doit pas être attribué à une volonté contraire au droit, mais à l'immixtion de motifs étrangers dans le conflit ; la faute réside précisément dans le choix d'un organisme qui favorise le concours de motifs semblables. Cette justice politique se manifesta dans toute sa honte, un jour où un membre du Conseil des États vota de deux manières opposées dans deux recours successifs tout à fait similaires, et donna lieu ainsi à des majorités différentes, et cela, comme il l'avoua ouvertement, par des motifs purement politiques, complètement étrangers à l'affaire. Aussi Mohl a-t-il parfaitement raison de désigner, dans le mémoire sus-nommé, la judicature exercée par des assemblées politiques comme le mode le moins favorable au droit pour le règlement de conflits de ce genre. Un autre grand inconvénient de ce système, c'est que, tout naturellement, très peu de membres d'une Assemblée politique ont le goût et les connaissances nécessaires pour s'occuper de pareils différends, en sorte que, comme ils doivent finalement voter eux aussi, le jugement est livré à tous les hasards possibles, et que souvent, sans même qu'on s'en doute, il subit fortement l'influence des intéressés. Cependant tout ceci n'aurait pas amené de modifications, si l'Assemblée fédérale n'avait eu affaire chaque année qu'à un petit nombre de recours de ce genre ; mais ils augmentèrent d'année en année, en sorte qu'ils commencèrent à paraître par douzaines dans chaque liste de tractandas, et que les membres les plus avides de recours finirent par en être rassasiés. Nous avons déjà démontré plus haut que tout le système de la position respective des pouvoirs a été ébranlé par la transformation du Conseil fédéral en une première instance de l'Assemblée fédérale, conséquence nécessaire de ce système de recours.

Aussi, lors de la révision de 1874, chacun comprit clairement que, sur ce point, un changement était nécessaire, et qu'il fallait que les contestations du droit public fussent renvoyées au Tribunal fédéral comme instance unique. Mais ceci supposait un Tribunal

fédéral fixe, avec des juges ne vivant que pour cette profession, avec un siège et un traitement déterminés, et l'on passa à la création d'un nouveau Tribunal fédéral, avec des formes un peu modifiées et une organisation plus solide de tout point.

On jugea cependant préférable de remettre plutôt à la législation fédérale les détails d'organisation de ce Tribunal fédéral, et l'on posa seulement, dans l'art. 107, le principe que les membres et les suppléants du Tribunal fédéral sont nommés par l'Assemblée fédérale, qu'elle doit avoir égard à ce que les trois langues nationales y soient représentées, puis l'on ajouta : « La loi détermine l'organisation du Tribunal fédéral et de ses sections, le nombre de ses membres et des suppléants, la durée de leurs fonctions et leur traitement. » On statua encore, dans l'article 108, « que tout citoyen suisse éligible au Conseil national peut aussi être nommé au Tribunal fédéral, d'où il résulterait que le Tribunal fédéral ne devrait pas nécessairement être composé de juristes, ce qui, sans doute, n'arriva jamais. La disposition suivante est plus importante ; elle statue que les membres du Tribunal fédéral ne doivent pas siéger dans l'Assemblée fédérale (ce qui est conforme à la nature des choses, puisque l'on voulait précisément remettre entre des mains tout à fait impartiales les contestations de droit public), et que les membres du Tribunal ne peuvent revêtir aucun autre emploi, ni exercer aucune autre profession ou industrie quelconque, comme cela est également prescrit pour les membres du Conseil fédéral. Les dispositions ultérieures sur l'organisation du Tribunal sont contenues dans la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, qui a été édictée immédiatement après l'acceptation de la Constitution fédérale revisée. Cette loi, datée du 27 juin 1874, renferme sur l'organisation du Tribunal les dispositions suivantes :

Le Tribunal fédéral se compose de neuf membres et d'autant de suppléants. Les parents ou alliés en ligne ascendante ou descendante à l'infini, ou en ligne collatérale jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, ainsi que les maris des sœurs, ne peuvent être ensemble membres ou suppléants du Tribunal fédéral. Deux personnes qui se trouvent dans l'un des cas d'incompatibilité ainsi prévus ne peuvent fonctionner ensemble près le Tribunal fédéral ou l'une de ses sections, soit comme juge, soit comme gref-

fier, soit comme juge d'instruction, ou comme officier du ministère public.

La durée des fonctions des juges et des suppléants est fixée à six ans ; la réélection a lieu *avant* celle du Conseil national. Les membres qui sortent sont remplacés à la première session de l'Assemblée fédérale, et le juge nouvellement élu est nommé pour le reste de la durée des fonctions de son prédécesseur. Une proposition d'introduire le renouvellement par moitié ou par tiers n'a pas obtenu la majorité.

Le président et le vice-président du tribunal sont nommés pour deux ans, une réélection n'est pas exclue.

Le Tribunal fédéral nomme pour six ans deux greffiers dont l'un doit appartenir à la Suisse allemande et l'autre à la Suisse romande. L'un des deux doit connaître la langue italienne. Au reste, pour les procès en italien, qui sont assez nombreux, il y a un secrétaire de chancellerie appartenant à la Suisse italienne.

. . . .

Les deux grands domaines des compétences qui ont une importance pratique sont les recours de *droit public* et les *causes civiles*.

Le domaine naturel d'un *Tribunal fédéral* comprend la connaissance des recours de *droit public ;* il doit régler les contestations entre les cantons et celles entre la Confédération et les cantons, de telle sorte que le domaine légitime de chacune de ces souverainetés soit maintenu ; il doit en outre protéger le peuple et le simple citoyen contre des violences, qu'elles procèdent de l'autorité fédérale ou des autorités cantonales. L'Amérique du Nord a parfaitement réalisé cette pensée dans son Tribunal fédéral, et le Français de Tocqueville, dans son fameux livre de la *Démocratie en Amérique*, a attribué la prospérité de cette grande république, malgré toutes ses imperfections, essentiellement à la bonne organisation de sa justice et surtout du Tribunal fédéral.

En Suisse, il est vrai, comme nous l'avons vu dans l'histoire du développement du droit fédéral, il a fallu de longs efforts pour conquérir au Tribunal fédéral ce terrain qui est son domaine naturel ; mais l'expérience a démontré que cette partie de la

réforme de 1874 est celle qui a rencontré la plus vive approbation du peuple. Nous ne voulons nullement dire par là que nous revendiquions cette approbation pour les jugements particuliers du Tribunal fédéral, car il peut facilement y avoir sur ce point, dans chaque cas spécial, des opinions différentes ; l'approbation s'applique au fait qu'il y a maintenant dans la Confédération une autorité qui, laissant de côté toute considération politique, ne base ses décisions que sur des motifs de droit. Et c'est une grande consolation pour tous ceux qui se sentent opprimés de savoir qu'il y a pour eux au moins un juge qui n'est pas partie, que ce juge expose leur droit dans une salle ouverte au public et qu'il donne publiquement les motifs de son jugement.

17. — La Constitution de la Confédération Suisse, 29 mai 1874.

Au nom de Dieu Tout Puissant !

La Confédération Suisse,

Voulant affermir l'alliance des Confédérés, maintenir et accroître l'unité, la force et l'honneur de la Nation suisse, a adopté la Constitution fédérale suivante :

Chapitre Premier. — *Dispositions Générales.*

Article premier

Les peuples des vingt-deux Cantons souverains de la Suisse, unis par la présente alliance, savoir : Zurich, Berne, Lucerne, Uri, Schwyz, Unterwalden (le Haut et le Bas), Glaris, Zoug, Fribourg, Soleure, Bâle (Ville et Campagne), Schaffhouse, Appenzell (les deux Rhodes), Saint-Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel et Genève, forment dans leur ensemble la Confédération suisse.

Article 2

La Confédération a pour but d'assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger, de maintenir la tranquillité et l'ordre à l'intérieur, de protéger la liberté et les droits des Confédérés et d'accroître leur prospérité commune.

Article 3

Les Cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral.

. . . .

IV. Tribunal fédéral.

Article 106

Il y a un Tribunal fédéral pour l'administration de la justice en matière fédérale.

Il y a, de plus, un Jury pour les affaires pénales.

Article 107

Les membres et les suppléants du Tribunal fédéral sont nommés par l'Assemblée fédérale, qui aura égard à ce que les trois langues nationales y soient représentées.

La loi détermine l'organisation du Tribunal fédéral et de ses sections, le nombre des membres et des suppléants, la durée de leurs fonctions et leur traitement.

Article 108

Peut être nommé au Tribunal fédéral tout citoyen suisse éligible au Conseil national.

Les membres de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral et les fonctionnaires nommés par ces autorités ne peuvent en même temps faire partie du Tribunal fédéral.

Les membres du Tribunal fédéral ne peuvent, pendant la durée de leurs fonctions, revêtir aucun autre emploi, soit au service de la Confédération, soit dans un Canton, ni suivre d'autre carrière ou exercer de profession.

Article 109

Le Tribunal fédéral organise sa chancellerie et en nomme le personnel.

Article 110

Le Tribunal fédéral connaît des différends de droit civil :

1. Entre la Confédération et les Cantons ;

2. Entre la Confédération d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part, quand ces corporations ou ces particuliers

sont demandeurs et quand le litige atteint le degré d'importance que déterminera la législation fédérale ;

3. Entre Cantons ;

4. Entre des Cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part, quand une des parties le requiert et que le litige atteint le degré d'importance que déterminera la législation fédérale.

Il connaît de plus des différends concernant le *heimatlosat*, ainsi que des contestations qui surgissent entre les communes de différents Cantons, touchant le droit de cité.

Article 111

Le Tribunal fédéral est tenu de juger d'autres causes, lorsque les parties s'accordent à le nantir et que l'objet en litige atteint le degré d'importance que déterminera la législation fédérale.

Article 112

Le Tribunal fédéral assisté du Jury, lequel statue sur les faits, connaît en matière pénale :

1. Des cas de haute trahison envers la Confédération, de révolte ou de violence contre les autorités fédérales ;

2. Des crimes et des délits contre le droit des gens ;

3. Des crimes et des délits politiques qui sont la cause ou la suite de troubles par lesquels une intervention fédérale armée est occasionnée ;

4. Des faits relevés à la charge de fonctionnaires nommés par une autorité fédérale, quand cette autorité en saisit le Tribunal fédéral.

Article 113

Le Tribunal connaît en outre :

1. Des conflits de compétence entre les autorités fédérales, d'une part, et les autorités cantonales, d'autre part ;

2. Des différends entre Cantons, lorsque ces différends sont du domaine du droit public ;

3. Des réclamations pour violation de droits constitutionnels

des citoyens ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités.

Sont réservées les contestations administratives, à déterminer par la législation fédérale.

Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés.

Article 114

Outre les cas mentionnés aux articles 110, 112 et 113, la législation fédérale peut placer d'autres affaires dans la compétence du Tribunal fédéral ; elle peut, en particulier, donner à ce Tribunal des attributions ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois prévues à l'article 64.

18. — Convention de la première Conférence de la Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux (1899). — Préambule ; art. 15-29.

Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

(Indication des Souverains et Chefs d'Etat.)

Animés de la ferme volonté de concourir au maintien de la paix générale ;

Résolus à favoriser de tous leurs efforts le règlement amiable des conflits internationaux ;

Reconnaissant la solidarité qui unit les membres de la société des nations civilisées ;

Voulant étendre l'empire du droit et fortifier le sentiment de la justice internationale ;

Convaincus que l'institution permanente d'une juridiction arbitrale, accessible à tous, au sein des Puissances indépendantes peut contribuer efficacement à ce résultat ;

Considérant les avantages d'une organisation générale et régulière de la procédure arbitrale ;

Estimant avec l'Auguste Initiateur de la Conférence Internationale de la Paix qu'il importe de consacrer dans un accord international les principes d'équité et de droit sur lesquels reposent la sécurité des États et le bien-être des Peuples ;

Désirant conclure une Convention à cet effet ont nommé pour Leurs plénipotentiaires, savoir :

(Désignation des Plénipotentiaires.)

Lesquels, après s'être communiqué leurs pleins pouvoirs, trou-

vés en bonne et due forme, sont convenus des dispositions suivantes :

. . . .
. . . .

Titre IV. — De l'Arbitrage international.

Chapitre premier. — *De la Justice arbitrale.*

ARTICLE 15

L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les États par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit.

ARTICLE 16

Dans les questions d'ordre juridique, et en premier lieu dans les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales, l'arbitrage est reconnu par les Puissances signataires comme le moyen le plus efficace et en même temps le plus équitable de régler les litiges qui n'ont pas été résolus par les voies diplomatiques.

ARTICLE 17

La convention d'arbitrage est conclue pour des contestations déjà nées ou pour des contestations éventuelles.

Elle peut concerner tout litige ou seulement les litiges d'une catégorie déterminée.

ARTICLE 18

La convention d'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence arbitrale.

ARTICLE 19

Indépendamment des traités généraux ou particuliers qui stipulent actuellement l'obligation du recours à l'arbitrage pour les Puissances signataires, ces Puissances se réservant de conclure, *soit avant la ratification du présent Acte, soit postérieurement*, des accords nouveaux, généraux ou particuliers, en vue d'étendre

l'arbitrage obligatoire à tous les cas qu'Elles jugeront possible de lui soumettre.

Chapitre II. — *De la Cour permanente d'arbitrage.*

Article 20

Dans le but de faciliter le recours immédiat à l'arbitrage pour les différends internationaux qui n'ont pu être réglés par la voie diplomatique, les Puissances signataires s'engagent à organiser une Cour permanente d'arbitrage, accessible en tout temps et fonctionnant, sauf stipulation contraire des Parties, conformément aux Règles de procédure insérées dans la présente Convention.

Article 21

La Cour permanente sera compétente pour tous les cas d'arbitrage, à moins qu'il n'y ait entente entre les Parties pour l'établissement d'une juridiction spéciale.

Article 22

Un Bureau international établi à la Haye sert de greffe à la Cour.

Ce Bureau est l'intermédiaire des communications relatives aux réunions de celle-ci.

Il a la garde des archives et la gestion de toutes les affaires administratives.

Les Puissances signataires s'engagent à communiquer au Bureau international de la Haye une copie certifiée conforme de toute stipulation d'arbitrage intervenue entre elles et de toute sentence arbitrale les concernant et rendue par des juridictions spéciales.

Elles s'engagent à communiquer de même au Bureau, les lois, règlements et documents constatant éventuellement l'exécution des sentences rendues par la Cour.

Article 23

Chaque Puissance signataire désignera, *dans les trois mois*

qui suivront la ratification par elle du présent acte, quatre personnes au plus, d'une compétence reconnue dans les questions de droit international, jouissant de la plus haute considération morale et disposées à accepter les fonctions d'arbitres.

Les personnes ainsi désignées seront inscrites, au titre de membres de la Cour, sur une liste qui sera notifiée à toutes les Puissances signataires par les soins du Bureau.

Toute modification à la liste des arbitres est portée, par les soins du Bureau, à la connaissance des Puissances signataires.

Deux ou plusieurs Puissances peuvent s'entendre pour la désignation en commun d'un ou de plusieurs membres.

La même personne peut être désignée par des Puissances différentes.

Les membres de la Cour sont nommés pour un terme de six ans. Leur mandat peut être renouvelé.

En cas de décès ou de retraite d'un membre de la Cour, il est pourvu à son remplacement selon le mode fixé pour sa nomination.

Article 24

Lorsque les Puissances signataires veulent s'adresser à la Cour permanente pour le règlement d'un différend survenu entre elles, le choix des arbitres appelés à former le Tribunal compétent pour statuer sur ce différend, doit être fait dans la liste générale des membres de la Cour.

A défaut de constitution du Tribunal arbitral par l'accord immédiat des parties, il est procédé de la manière suivante :

Chaque Partie nomme deux arbitres et ceux-ci choisissent ensemble un surarbitre.

En cas de partage des voix, le choix du surarbitre est confié à une Puissance tierce, désignée de commun accord par les Parties.

Si l'accord ne s'établit pas à ce sujet, chaque Partie désigne une Puissance différente et le choix du surarbitre est fait de concert par les Puissances ainsi désignées.

Le Tribunal ainsi composé, les parties notifient au Bureau leur décision de s'adresser à la Cour et les noms des arbitres.

Le Tribunal arbitral se réunit à la date fixée par les Parties.

Les membres de la Cour, dans l'exercice de leurs fonctions et

en dehors de leur Pays, jouissent des privilèges et immunités diplomatiques.

ARTICLE 25

Le Tribunal arbitral siège d'ordinaire à la Haye.

Le siège ne peut, sauf le cas de force majeure, être changé par le Tribunal que de l'assentiment des Parties.

ARTICLE 26

Le Bureau international de la Haye est autorisé à mettre ses locaux et son organisation à la disposition des Puissances signataires pour le fonctionnement de toute juridiction spéciale d'arbitrage.

La juridiction de la Cour permanente peut être étendue, dans les conditions prescrites par les Règlements, aux litiges existant entre des Puissances non signataires ou entre des Puissances signataires et des Puissances non signataires, si les Parties sont convenues de recourir à cette juridiction.

ARTICLE 27

Les Puissances signataires considèrent comme un devoir, dans le cas où un conflit aigu menacerait d'éclater entre deux ou plusieurs d'entre Elles, de rappeler à celles-ci que la Cour permanente leur est ouverte.

En conséquence, Elles déclarent que le fait de rappeler aux Parties en conflit les dispositions de la présente Convention, et le conseil donné dans l'intérêt supérieur de la paix, de s'adresser à la Cour permanente ne peuvent être considérés que comme actes de Bons Offices.

ARTICLE 28

Un Conseil administratif permanent composé des représentants diplomatiques des Puissances signataires accrédités à la Haye et du Ministre des Affaires Étrangères des Pays-Bas qui remplira les fonctions de Président, *sera constitué dans cette ville le plus tôt possible après la ratification du présent Acte par neuf Puissances au moins.*

Ce Conseil sera chargé d'établir et d'organiser le Bureau international, lequel demeurera sous sa direction et sous son contrôle.

Il notifiera aux Puissances la constitution de la Cour et pourvoiera à l'installation de celle-ci.

Il arrêtera son règlement d'ordre ainsi que tous autres règlements nécessaires.

Il décidera toutes les questions administratives qui pourraient surgir touchant le fonctionnement de la Cour.

Il aura tout pouvoir quant à la nomination, la suspension ou la révocation des fonctionnaires et employés du Bureau.

Il fixera les traitements et salaires et contrôlera la dépense générale.

La présence de cinq membres dans les réunions dûment convoquées suffit pour permettre au Conseil de délibérer valablement. Les décisions sont prises à la majorité des voix.

Le Conseil communique sans délai aux Puissances signataires les règlements adoptés par lui. Il leur adresse chaque année un rapport sur les travaux de la Cour, sur le fonctionnement des services administratifs et sur les dépenses.

Article 29

Les frais du Bureau seront supportés par les Puissances signataires dans la proportion établie pour le Bureau international de l'Union postale universelle.

. . . .

. . . .

19. — Convention de la Deuxième Conférence de la Haye relative a l'établissement d'une Cour internationale des prises (1907).

(Indication des Souverains et Chefs d'Etat.)

Animés du désir du régler d'une manière équitable les différends qui s'élèvent, parfois, en cas de guerre maritime, à propos des décisions des tribunaux de prises nationaux ;

Estimant que, si ces tribunaux doivent continuer à statuer suivant les formes prescrites par leur législation, il importe que, dans des cas déterminés, un recours puisse être formé sous des conditions qui concilient, dans la mesure du possible, les intérêts publics et les intérêts privés engagés dans toute affaire de prises ;

Considérant, d'autre part, que l'institution d'une Cour internationale, dont la compétence et la procédure seraient soigneusement réglées, a paru le meilleur moyen d'atteindre ce but ;

Persuadés, enfin, que de cette façon les conséquences rigoureuses d'une guerre maritime pourront être atténuées ; que notamment les bons rapports entre les belligérants et les neutres auront plus de chance d'être maintenus et qu'ainsi la conservation de la paix sera mieux assurée ;

Désirant conclure une Convention à cet effet, ont nommé pour Leurs Plénipotentiaires, savoir :

(Désignation des Plénipotentiaires) ;

Lesquels, après avoir déposé leurs pleins pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus des dispositions suivantes :

TITRE PREMIER

Dispositions générales.

Article premier

La validité de la capture d'un navire de commerce ou de sa cargaison est s'il s'agit de propriétés neutres ou ennemies, établie

devant une juridiction des prises conformément à la présente Convention.

Article 2

La juridiction des prises est exercée d'abord par les tribunaux de prises du belligérant capteur.

Les décisions de ces tribunaux sont prononcées en séance publique ou notifiées d'office aux Parties neutres ou ennemies.

Article 3

Les décisions des tribunaux de prises nationaux peuvent être l'objet d'un recours devant la Cour internationale des prises :

1° Lorsque la décision des tribunaux nationaux concerne les propriétés d'une Puissance ou d'un particulier neutres ;

2° Lorsque ladite décision concerne des propriétés ennemies et qu'il s'agit : *a)* de marchandises chargées sur un navire neutre ; — *b)* d'un navire ennemi, qui aurait été capturé dans les eaux territoriales d'une Puissance neutre, dans le cas où cette Puissance n'aurait pas fait de cette capture l'objet d'une réclamation diplomatique ; — *c)* d'une réclamation fondée sur l'allégation que la capture aurait été effectuée en violation, soit d'une disposition conventionnelle en vigueur entre les Puissances belligérantes, soit d'une disposition légale édictée par le belligérant capteur.

Le recours contre la décision des tribunaux nationaux peut être fondée sur ce que cette décision ne serait pas justifiée, soit en fait, soit en droit.

Article 4

Le recours peut être exercé :

1° Par une Puissance neutre, si la décision des tribunaux nationaux a porté atteinte à ses propriétés ou à celles de ses ressortissants (article 3-1°) ou s'il est allégué que la capture d'un navire a eu lieu dans les eaux territoriales de cette Puissance (article 3-2° *b)*;

2° Par un particulier neutre, si la décision des tribunaux nationaux a porté atteinte à ses propriétés (article 3-1°), sous réserve toutefois du droit de la Puissance dont il relève de lui interdire l'accès de la Cour ou d'agir elle-même en ses lieu et place ;

3° Par un particulier relevant de la Puissance ennemie, si la

décision des tribunaux nationaux a porté atteinte à ses propriétés dans les conditions visées à l'article 3-2°, à l'exception du cas prévu par l'alinéa *b*.

ARTICLE 5

Le recours peut aussi être exercé, dans les mêmes conditions qu'à l'article précédent, par les ayants droit, neutres ou ennemis, du particulier auquel le recours est accordé, et qui sont intervenus devant la juridiction nationale. Ces ayants droit peuvent exercer individuellement le recours dans la mesure de leur intérêt.

Il en est de même des ayants droit, neutres ou ennemis, de la Puissance neutre dont la propriété est en cause.

ARTICLE 6

Lorsque, conformément à l'article 3 ci-dessus, la Cour internationale est compétente, le droit de juridiction des tribunaux nationaux ne peut être exercé à plus de deux degrés. Il appartient à la législation du belligérant capteur de décider si le recours est ouvert après la décision rendue en premier ressort ou seulement après la décision rendue en appel ou en cassation.

Faute par les tribunaux nationaux d'avoir rendu une décision définitive dans les deux ans à compter du jour de la capture, la Cour peut être saisie directement.

ARTICLE 7

Si la question de droit à résoudre est prévue par une Convention en vigueur entre le belligérant capteur et la Puissance qui est elle-même partie au litige ou dont le ressortissant est partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite Convention.

A défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux du droit et de l'équité.

Les dispositions ci-dessus sont également applicables en ce qui concerne l'ordre des preuves ainsi que les moyens qui peuvent être employés.

Si, conformément à l'article 3-2° *c*, le recours est fondé sur

la violation d'une disposition légale édictée par le belligérant capteur, la Cour applique cette disposition.

La Cour peut ne pas tenir compte des déchéances de procédure édictées par la législation du belligérant capteur, dans les cas où elle estime que les conséquences en sont contraires à la justice et à l'équité.

ARTICLE 8

Si la Cour prononce la validité de la capture du navire ou de la cargaison, il en sera dispensé conformément aux lois du belligérant capteur.

Si la nullité de la capture est prononcée, la Cour ordonne la restitution du navire ou de la cargaison et fixe s'il y a lieu le montant des dommages-intérêts. Si le navire ou la cargaison ont été vendus ou détruits, la Cour détermine l'indemnité à accorder de ce chef au propriétaire.

Si la nullité de la capture avait été prononcée par la juridiction nationale, la Cour n'est appelée à statuer que sur les dommages et intérêts.

ARTICLE 9

Les Puissances Contractantes s'engagent à se soumettre de bonne foi aux décisions de la Cour internationale des prises et à les exécuter dans le plus bref délai possible.

TITRE II

Organisation de la Cour internationale des prises.

ARTICLE 10

La Cour internationale des prises se compose de juges et de juges suppléants, nommés par les Puissances Contractantes et qui tous devront être des jurisconsultes d'une compétence reconnue dans les questions de droit international maritime et jouissant de la plus haute considération morale.

La nomination de ces juges et juges suppléants sera faite dans les six mois qui suivront la ratification de la présente Convention.

ARTICLE 11

Les juges et juges suppléants sont nommés pour une période de six ans, à compter de la date où la notification de leur nomination aura été reçue par le Conseil administratif institué par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux du 29 juillet 1899. Leur mandat peut être renouvelé.

En cas de décès ou de démission d'un juge ou d'un juge suppléant, il est pourvu à son remplacement selon le mode fixé pour sa nomination. Dans ce cas, la nomination est faite pour une nouvelle période de six ans.

ARTICLE 12

Les juges de la Cour internationale des prises sont égaux entre eux et prennent rang d'après la date où la notification de leur nomination aura été reçue (article 11, alinéa 1), et, s'ils siègent à tour de rôle (article 15, alinéa 2), d'après la date de leur entrée en fonctions. La préséance appartient au plus âgé, au cas où la date est la même.

Les juges suppléants sont, dans l'exercice de leurs fonctions, assimilés aux juges titulaires. Toutefois, ils prennent rang après ceux-ci.

ARTICLE 13

Les juges jouissent des privilèges et immunités diplomatiques dans l'exercice de leurs fonctions et en dehors de leur pays.

Avant de prendre possession de leur siège, les juges doivent, devant le Conseil administratif, prêter serment ou faire une affirmation solennelle d'exercer leurs fonctions avec impartialité et en toute conscience.

ARTICLE 14

La Cour fonctionne au nombre de quinze juges ; neuf juges constituent le quorum nécessaire.

Le juge absent ou empêché est remplacé par le suppléant.

ARTICLE 15

Les juges nommés par les Puissances Contractantes dont les

noms suivent : l'Allemagne, les États-Unis d'Amérique, l'Autriche-Hongrie, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Japon et la Russie sont toujours appelés à siéger.

Les juges et juges suppléants nommés par les autres Puissances Contractantes siègent à tour de rôle d'après le tableau annexé à la présente Convention ; leurs fonctions peuvent être exercées successivement par la même personne. Le même juge peut être nommé par plusieurs desdites Puissances.

Article 16

Si une Puissance belligérante n'a pas, d'après le tour de rôle, un juge siégeant dans la Cour, elle peut demander que le juge nommé par elle prenne part au jugement de toutes les affaires provenant de la guerre. Dans ce cas, le sort détermine lequel des juges siégeant en vertu du tour de rôle doit s'abstenir. Cette exclusion ne saurait s'appliquer au juge nommé par l'autre belligérant.

Article 17

Ne peut siéger le juge qui, à un titre quelconque aura concouru à la décision des tribunaux nationaux ou aura figuré dans l'instance comme conseil ou avocat d'une partie.

Aucun juge, titulaire ou suppléant, ne peut intervenir comme agent ou comme avocat devant la Cour internationale des prises ni y agir pour une Partie en quelque qualité que ce soit, pendant toute la durée de ses fonctions.

Article 18

Le belligérant capteur a le droit de désigner un officier de marine d'un grade élevé qui siégera en qualité d'assesseur avec voix consultative. La même faculté appartient à la Puissance neutre, qui est elle-même partie au litige, ou à la Puissance dont le ressortissant est partie au litige ; s'il y a, par application de cette dernière disposition, plusieurs Puissances intéressées, elles doivent se concerter, au besoin par le sort, sur l'officier à désigner.

Article 19

La Cour élit son Président et son Vice-Président à la majorité absolue des suffrages exprimés. Après deux tours de scrutin, l'élection se fait à la majorité relative et, en cas de partage des voix, le sort décide.

Article 20

Les juges de la Cour internationale des prises touchent une indemnité de voyage fixée d'après les règlements de leur pays et reçoivent, en outre, pendant la session ou pendant l'exercice de fonctions conférées par la Cour, une somme de cent florins néerlandais par jour.

Ces allocations, comprises dans les frais généraux de la Cour prévus par l'article 47, sont versées par l'entremise du Bureau international institué par la Convention du 29 juillet 1899.

Les juges ne peuvent recevoir de leur propre Gouvernement ou de celui d'une autre Puissance aucune rémunération comme Membres de la Cour.

Article 21

La Cour internationale des prises a son siège à la Haye et ne peut, sauf le cas de force majeure, le transporter ailleurs qu'avec l'assentiment des Parties belligérantes.

Article 22

Le Conseil administratif, dans lequel ne figurent que les représentants des Puissances Contractantes, remplit, à l'égard de la Cour internationale des prises, les fonctions qu'il remplit à l'égard de la Cour permanente d'arbitrage.

Article 23

Le Bureau international sert de greffe à la Cour internationale des prises et doit mettre ses locaux et son organisation à la disposition de la Cour. Il a la garde des archives et la gestion des affaires administratives.

Le secrétaire général du Bureau international remplit les fonctions de greffier.

Les secrétaires adjoints au greffier, les traducteurs et les sténographes nécessaires sont désignés et assermentés par la Cour.

Article 24

La Cour décide du choix de la langue dont elle fera usage et des langues dont l'emploi sera autorisé devant elle.

Dans tous les cas, la langue officielle des tribunaux nationaux, qui ont connu de l'affaire, peut être employée devant la Cour.

Article 25

Les Puissances intéressées ont le droit de nommer des agents spéciaux ayant mission de servir d'intermédiaires entre elles et la Cour. Elles sont, en outre, autorisées à charger des conseils ou avocats de la défense de leurs droits et intérêts.

Article 26

Le particulier intéressé sera représenté devant la Cour par un mandataire qui doit être soit un avocat autorisé à plaider devant une Cour d'appel ou une Cour suprême de l'un des Pays Contractants, soit un avoué exerçant sa profession auprès d'une telle Cour, soit enfin un professeur de droit à une école d'enseignement supérieur d'un de ces Pays.

Article 27

Pour toutes les notifications à faire, notamment aux Parties, aux témoins et aux experts, la Cour peut s'adresser directement au Gouvernement de la Puissance sur le territoire de laquelle la notification doit être effectuée. Il en est de même s'ils s'agit de faire procéder à l'établissement de tout moyen de preuve.

Les requêtes adressées à cet effet seront exécutées suivant les moyens dont la Puissance requise dispose d'après sa législation intérieure. Elles ne peuvent être refusées que si cette Puissance les juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité. S'il est donné suite à la requête, les frais ne comprennent que les dépenses d'exécution réellement effectuées.

La Cour a également la faculté de recourir à l'intermédiaire de la Puissance sur le territoire de laquelle elle a son siège.

Les notifications à faire aux Parties dans le lieu où siège la Cour peuvent être exécutées par le Bureau international.

TITRE III

Procédure devant la Cour internationale des Prises.

Article 28

Le recours devant la Cour internationale des prises est formé au moyen d'une déclaration écrite, faite devant le tribunal national qui a statué, ou adressée au Bureau international ; celui-ci peut être saisi même par télégramme.

Le délai du recours est fixé à cent vingt jours à dater du jour où la décision a été prononcée ou notifiée (article 2, alinéa 2).

Article 29

Si la déclaration de recours est faite devant le tribunal national, celui-ci, sans examiner si le délai a été observé, fait, dans les sept jours qui suivent, expédier le dossier de l'affaire au Bureau international, celui-ci en prévient directement le tribunal national, par télégramme s'il est possible. Le tribunal transmettra le dossier comme il est dit à l'alinéa précédent.

Lorsque le recours est formé par un particulier neutre, le Bureau international en avise immédiatement par télégramme la Puissance dont relève le particulier, pour permettre à cette Puissance de faire valoir le droit que lui reconnaît l'article 4-2°.

Article 30

Dans le cas prévu à l'article 6, alinéa 2, le recours ne peut être adressé qu'au Bureau international. Il doit être introduit dans les trente jours qui suivent l'expiration du délai de deux ans,

Article 31

Faute d'avoir formé son recours dans le délai fixé à l'article 28

ou à l'article 30, la Partie sera, sans débats, déclarée non recevable.

Toutefois, si elle justifie d'un empêchement de force majeure et si elle a formé son recours dans les soixante jours qui ont suivi la cessation de cet empêchement, elle peut être relevée de la déchéance encourue, la Partie adverse ayant été dûment entendue.

Article 32

Si le recours a été formé en temps utile, la Cour notifie d'office et sans délai à la Partie adverse une copie certifiée conforme de la déclaration.

Article 33

Si, en dehors des Parties qui se sont pourvues devant la Cour, il y a d'autres intéressés ayant le droit d'exercer le recours, ou si, dans le cas prévu à l'article 29, alinéa 3, la Puissance qui a été avisée n'a pas fait connaître sa résolution, la Cour attend, pour se saisir de l'affaire, que les délais prévus à l'article 28 ou à l'article 30 soient expirés.

Article 34

La procédure devant la Cour internationale comprend deux phases distinctes : l'instruction écrite et les débats oraux.

L'instruction écrite consiste dans le dépôt et l'échange d'exposés, de contre-exposés et, au besoin, de répliques dont l'ordre et les délais sont fixés par la Cour. Les Parties y joignent toutes pièces et documents dont elles comptent se servir.

Toute pièce, produite par une Partie, doit être communiquée en copie certifiée conforme à l'autre Partie par l'intermédiaire de la Cour.

Article 35

L'instruction écrite étant terminée, il y a lieu à une audience publique dont le jour est fixé par la Cour.

Dans cette audience, les Parties exposent l'état de l'affaire en fait et en droit. La Cour peut, en tout état de cause, suspendre les plaidoiries, soit à la demande d'une des Parties, soit d'office, pour procéder à une information complémentaire.

ARTICLE 36

La Cour internationale peut ordonner que l'information complémentaire aura lieu, soit conformément aux dispositions de l'article 27, soit directement devant elle ou devant un ou plusieurs de ses Membres en tant que cela peut se faire sans moyen coercitif ou comminatoire.

Si des mesures d'information doivent être prises par des Membres de la Cour en dehors du territoire où elle a son siège, l'assentiment du Gouvernement étranger doit être obtenu.

ARTICLE 37

Les Parties sont appelées à assister à toutes mesures d'instruction. Elles reçoivent une copie certifiée conforme des procès-verbaux.

ARTICLE 38

Les débats sont dirigés par le Président ou le Vice-Président et, en cas d'absence ou d'empêchement de l'un et de l'autre, par le plus ancien des juges présents.

Le juge nommé par une Partie belligérante ne peut siéger comme Président.

ARTICLE 39

Les débats sont publics sauf le droit pour une Puissance en litige de demander qu'il y soit procédé à huit clos.

Ils sont consignés dans des procès-verbaux, que signent le Président et le greffier et qui seuls ont caractère authentique.

ARTICLE 40

En cas de non-comparution d'une des Parties, bien que régulièrement citée, ou faute par elle d'agir dans les délais fixés par la Cour, il est procédé sans elle et la Cour décide d'après les éléments d'appréciation qu'elle a à sa disposition.

ARTICLE 41

La Cour notifie d'office aux Parties toutes décisions ou ordonnances prises en leur absence.

ARTICLE 42

La Cour apprécie librement l'ensemble des actes, preuves et déclarations orales.

ARTICLE 43

Les délibérations de la Cour ont lieu à huis clos et restent secrètes.

Toute décision est prise à la majorité des juges présents. Si la Cour siège en nombre pair et qu'il y ait partage des voix, la voix du dernier des juges dans l'ordre de préséance établi d'après l'article 12, alinéa 1, n'est pas comptée.

ARTICLE 44

L'arrêt de la Cour doit être motivé. Il mentionne les noms des juges qui y ont participé, ainsi que les noms des assesseurs, s'il y a lieu ; il est signé par le Président et par le greffier.

ARTICLE 45

L'arrêt est prononcé en séance publique, les Parties présentes ou dûment appelées ; il est notifié d'office aux Parties.

Cette notification une fois faite, la Cour fait parvenir au tribunal national des prises le dossier de l'affaire en y joignant une expédition des diverses décisions intervenues ainsi qu'une copie des procès-verbaux de l'instruction.

ARTICLE 46

Chaque partie supporte les frais occasionnés par sa propre défense.

La Partie qui succombe supporte, en outre, les frais causés par la procédure. Elle doit, de plus, verser un centième de la valeur de l'objet litigieux à titre de contribution aux frais généraux de la Cour internationale. Le montant de ces versements est déterminé par l'arrêt de la Cour.

Si le recours est exercé par un particulier, celui-ci fournit au Bureau international un cautionnement dont le montant est fixé

par la Cour et qui est destiné à garantir l'exécution éventuelle des deux obligations mentionnées dans l'alinéa précédent. La Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure au versement du cautionnement.

Article 47

Les frais généraux de la Cour internationale des prises sont supportés par les Puissances Contractantes dans la proportion de leur participation au fonctionnement de la Cour telle qu'elle est prévue par l'article 15 et par le tableau y annexé. La désignation des juges suppléants ne donne pas lieu à contribution.

Le Conseil administratif s'adresse aux Puissances pour obtenir les fonds nécessaires au fonctionnement de la Cour.

Article 48

Quand la Cour n'est pas en session, les fonctions qui lui sont conférées par l'article 32, l'article 34, alinéas 2 et 3, l'article 35, alinéa 1, et l'article 46, alinéa 3, sont exercées par une Délégation de trois juges désignés par la Cour. Cette Délégation décide à la majorité des voix.

Article 49

La Cour fait elle-même son règlement d'ordre intérieur qui doit être communiqué aux Puissances Contractantes.

Dans l'année de la ratification de la présente Convention, elle se réunira pour élaborer ce règlement.

Article 50

La Cour peut proposer des modifications à apporter aux dispositions de la présente Convention qui concernent la procédure. Ces propositions sont communiquées, par l'intermédiaire du Gouvernement des Pays-Bas, aux Puissances Contractantes qui se concerteront sur la suite à y donner.

TITRE IV

Dispositions finales.

ARTICLE 51

La présente Convention ne s'applique de plein droit que si les Puissances belligérantes sont toutes parties à la Convention.

Il est entendu, en outre, que le recours devant la Cour internationale des Prises ne peut être exercé que par une puissance Contractante ou le ressortissant d'une Puissance Contractante.

Dans les cas de l'article 5, le recours n'est admis que si le propriétaire et l'ayant droit sont également des Puissances Contractantes ou des ressortissants de Puissances Contractantes.

ARTICLE 52

La présente Convention sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à la Haye dès que toutes les Puissances désignées à l'article 15 et dans son Annexe seront en mesure de le faire.

Le dépôt des ratifications aura lieu en tout cas, le 30 juin 1909 si les Puissances prêtes à ratifier peuvent fournir à la Cour neuf juges et neuf juges suppléants aptes à siéger effectivement. Dans le cas contraire, le dépôt sera ajourné jusqu'au moment où cette condition sera remplie.

Il sera dressé du dépôt des ratifications un procès-verbal dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacune des Puissances désignées à l'alinéa premier.

ARTICLE 53

Les Puissances désignées à l'article 15 et dans son Annexe sont admises à signer la présente Convention jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'alinéa 2 de l'article précédent.

Après ce dépôt, elles seront toujours admises à y adhérer, purement et simplement. La Puissance qui désire adhérer notifie par écrit son intention au Gouvernement des Pays-Bas en lui transmettant, en même temps, l'acte d'adhésion qui sera déposé dans les archives dudit gouvernement. Celui-ci enverra, par la voie

diplomatique, une copie certifiée conforme de la notification et de l'acte d'adhésion à toutes les Puissances désignées à l'alinéa précédent, en leur faisant savoir la date où il a reçu la notification.

ARTICLE 54

La présente convention entrera en vigueur six mois à partir du dépôt des ratifications prévu par l'article 52, alinéas 1 et 2.

Les adhésions produiront effet soixante jours après que la notification en aura été reçue par le Gouvernement des Pays-Bas et, au plus tôt, à l'expiration du délai prévu par l'alinéa précédent.

Toutefois, la Cour internationale aura qualité pour juger les affaires de prises décidées par la juridiction nationale à partir du dépôt des ratifications ou de la réception de la notification des adhésions. Pour ces décisions, le délai fixé à l'article 28, alinéa 2, ne sera compté que de la date de la mise en vigueur de la Convention pour les Puissances ayant ratifié ou adhéré.

ARTICLE 55

La présente Convention aura une durée de douze ans à partir de sa mise en vigueur, telle qu'elle est déterminée par l'article 54, alinéa 1, même pour les Puissances ayant adhéré postérieurement.

Elle sera renouvelée tacitement de six ans en six ans sauf dénonciation.

La dénonciation devra être, au moins un an avant l'expiration de chacune des périodes prévues par les deux alinéas précédents, notifiée par écrit au Gouvernement des Pays-Bas qui en donnera connaissance à toutes les autres Parties Contractantes.

La dénonciation ne produira ses effets qu'à l'égard de la Puissance qui l'aura notifiée. La Convention subsistera pour les autres Puissances Contractantes, pourvu que leur participation à la désignation des juges soit suffisante pour permettre le fonctionnement de la Cour avec neuf juges et neuf juges suppléants.

ARTICLE 56

Dans le cas où la présente Convention n'est pas en vigueur

pour toutes les Puissances désignées dans l'article 15 et le tableau qui s'y rattache, le Conseil administratif dresse, conformément aux dispositions de cet article et de ce tableau, la liste des juges et des juges suppléants pour lesquels les Puissances Contractantes participent au fonctionnement de la Cour. Les juges appelés à siéger à tour de rôle seront, pour le temps qui leur est attribué par le tableau susmentionné, répartis entre les différentes années de la période de six ans, de manière que, dans la mesure du possible, la Cour fonctionne chaque année en nombre égal. Si le nombre des juges suppléants dépasse celui des juges, le nombre de ces derniers pourra être complété par des juges suppléants désignés par le sort parmi celles des Puissances qui ne nomment pas de juge titulaire.

La liste ainsi dressée par le Conseil administratif sera notifiée aux Puissances Contractantes. Elle sera révisée quand le nombre de celles-ci sera modifié par suite d'adhésions ou de dénonciations.

Le changement à opérer par suite d'une adhésion ne se produira qu'à partir du 1er janvier qui suit la date à laquelle l'adhésion a son effet, à moins que la Puissance adhérente ne soit une Puissance belligérante, cas auquel elle peut demander d'être aussitôt représentée dans la Cour, la disposition de l'article 16 étant du reste applicable, s'il y a lieu.

Quand le nombre total des juges est inférieur à onze, sept juges constituent le quorum nécessaire.

Article 57

Deux ans avant l'expiration de chaque période visée par les alinéas 1 et 2 de l'article 55, chaque Puissance Contractante pourra demander une modification des dispositions de l'article 15 et du tableau y annexé, relativement à sa participation au fonctionnement de la Cour. La demande sera adressée au Conseil administratif qui l'examinera et soumettra à toutes les Puissances des propositions sur la suite à y donner. Les Puissances feront, dans le plus bref délai possible, connaître leur résolution au Conseil administratif. Le résultat sera immédiatement, et au moins un an et trente jours avant l'expiration dudit délai de deux ans, communiqué à la Puissance qui a fait la demande.

Le cas échéant, les modifications adoptées par les Puissances

entreront en vigueur dès le commencement de la nouvelle période.

En foi de quoi, les Plénipotentiaires ont revêtu la présente Convention de leurs signatures.

Fait à la Haye, le dix-huit octobre mil neuf cent sept, en un seul exemplaire qui restera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont des copies, certifiées conformes, seront remises par la voie diplomatique aux Puissances désignées à l'article 15 et dans son Annexe.

20. — Projet de la Deuxième Conférence de la Haye d'une Convention relative a l'établissement d'une Cour de justice arbitrale (1907).

TITRE PREMIER

Organisation de la Cour de justice arbitrale.

Article premier

Dans le but de faire progresser la cause de l'arbitrage, les Puissances Contractantes conviennent d'organiser, sans porter atteinte à la Cour permanente d'arbitrage, une Cour de justice arbitrale, d'un accès libre et facile, basée sur l'égalité juridique des États, réunissant des juges représentant les divers systèmes juridiques du monde, et capable d'assurer la continuité de la jurisprudence arbitrale.

Article 2

La Cour de justice arbitrale se compose de juges et de juges suppléants choisis parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale et qui tous devront remplir les conditions requises, dans leurs pays respectifs, pour l'admission dans la haute magistrature ou être des jurisconsultes d'une compétence notoire en matière de droit international.

Les juges et les juges suppléants de la Cour sont choisis, autant que possible, parmi les membres de la Cour permanente d'arbitrage. Le choix sera fait dans les six mois qui suivront la ratification de la présente Convention.

Article 3

Les juges et les juges suppléants sont nommés pour une période de douze ans à compter de la date où la nomination aura été noti-

fiée au Conseil administratif institué par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux. Leur mandat peut être renouvelé.

En cas de décès ou de démission d'un juge ou d'un juge suppléant, il est pourvu à son remplacement selon le mode fixé pour sa nomination. Dans ce cas, la nomination est faite pour une nouvelle période de douze ans.

Article 4

Les juges de la Cour de justice arbitrale sont égaux entre eux et prennent rang d'après la date de la notification de leur nomination. La préséance appartient au plus âgé, au cas où la date est la même.

Les juges suppléants sont, dans l'exercice de leurs fonctions, assimilés aux juges titulaires. Toutefois, ils prennent rang après ceux-ci.

Article 5

Les juges jouissent des privilèges et immunités diplomatiques dans l'exercice de leurs fonctions et en dehors de leur pays.

Avant de prendre possession de leur siège, les juges et les juges suppléants doivent, devant le Conseil administratif, prêter serment ou faire une affirmation solennelle d'exercer leurs fonctions avec impartialité et en toute conscience.

Article 6

La Cour désigne annuellement trois juges qui forment une Délégation spéciale et trois autres destinés à les remplacer en cas d'empêchement. Ils peuvent être réélus. L'élection se fait au scrutin de liste. Sont considérés comme élus ceux qui réunissent le plus grand nombre de voix. La Délégation élit elle-même son Président, qui, à défaut d'une majorité, est désigné par le sort.

Un membre de la Délégation ne peut exercer ses fonctions quand la Puissance qui l'a nommé, ou dont il est le national, est une des Parties.

Les membres de la Délégation terminent les affaires qui leur ont été soumises, même au cas où la période pour laquelle ils ont été nommés juges serait expirée.

ARTICLE 7

L'exercice des fonctions judiciaires est interdit au juge dans les affaires au sujet desquelles il aura, à un titre quelconque, concouru à la décision d'un Tribunal national, d'un Tribunal d'arbitrage ou d'une Commission d'enquête, ou figuré dans l'instance comme conseil ou avocat d'une Partie.

Aucun juge ne peut intervenir comme agent ou comme avocat devant la Cour de justice arbitrale ou la Cour permanente d'arbitrage, devant un Tribunal spécial d'arbitrage ou une Commission d'enquête, ni y agir pour une Partie en quelque qualité que ce soit, pendant toute la durée de son mandat.

ARTICLE 8

La Cour élit son Président et son Vice-Président à la majorité absolue des suffrages exprimés. Après deux tours de scrutin, l'élection se fait à la majorité relative et, en cas de partage des voix, le sort décide.

ARTICLE 9

Les juges de la Cour de justice arbitrale reçoivent une indemnité annuelle de six mille florins néerlandais. Cette indemnité est payée à l'expiration de chaque semestre à dater du jour de la première réunion de la Cour.

Pendant l'exercice de leurs fonctions au cours des sessions ou dans les cas spéciaux prévus par la présente Convention, ils touchent une somme de cent florins par jour. Il leur est alloué, en outre, une indemnité de voyage fixée d'après les règlements de leur pays. Les dispositions du présent alinéa s'appliquent aussi aux juges suppléants remplaçant les juges.

Ces allocations, comprises dans les frais généraux de la Cour, prévus par l'article 33, sont versées par l'entremise du Bureau international institué par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

ARTICLE 10

Les juges ne peuvent recevoir de leur propre Gouvernement ou

de celui d'une autre Puissance aucune rémunération pour des services rentrant dans leurs devoirs comme membres de la Cour.

ARTICLE 11

La Cour de justice arbitrale a son siège à la Haye et ne peut, sauf le cas de force majeure, le transporter ailleurs.

La Délégation peut, avec l'assentiment des Parties, choisir un autre lieu pour ses réunions si des circonstances particulières l'exigent.

ARTICLE 12

Le Conseil administratif remplit à l'égard de la Cour de justice arbitrale les fonctions qu'il remplit à l'égard de la Cour permanente d'Arbitrage.

ARTICLE 13

Le Bureau international sert de greffe à la Cour de justice arbitrale et doit mettre ses locaux et son organisation à la disposition de la Cour. Il a la garde des archives et la gestion des affaires administratives.

Le Secrétaire général du Bureau remplit les fonctions de greffier.

Les secrétaires adjoints au greffier, les traducteurs et les sténographes nécessaires sont désignés et assermentés par la Cour.

ARTICLE 14

La Cour se réunit en session une fois par an. La session commence le troisième mercredi de juin et dure tant que l'ordre du jour n'aura pas été épuisé.

La Cour ne se réunit pas en session, si la Délégation estime que cette réunion n'est pas nécessaire. Toutefois, si une Puissance est partie à un litige actuellement pendant devant la Cour et dont l'instruction est terminée, ou va être terminée, elle a le droit d'exiger que la session ait lieu.

En cas de nécessité, la Délégation peut convoquer la Cour en session extraordinaire.

ARTICLE 15

Un compte-rendu des travaux de la Cour sera dressé chaque année par la Délégation. Ce compte-rendu sera transmis aux Puissances Contractantes par l'intermédiaire du Bureau international. Il sera communiqué aussi à tous les juges et juges suppléants de la Cour.

ARTICLE 16

Les juges et les juges suppléants, membres de la Cour de justice arbitrale, peuvent aussi être nommés aux fonctions de juge et de juge suppléant dans la Cour internationale des prises.

TITRE II

Compétence et procédure.

ARTICLE 17

La Cour de justice arbitrale est compétente pour tous les cas qui sont portés devant elle, en vertu d'une stipulation générale d'arbitrage ou d'un accord spécial.

ARTICLE 18

La Délégation est compétente :

1. Pour juger les cas d'arbitrage visés à l'article précédent, si les Parties sont d'accord pour réclamer l'application de la procédure sommaire, réglée au Titre IV, Chapitre IV de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux ;

2. Pour procéder à une enquête en vertu et en conformité du Titre III de ladite Convention en tant que la Délégation en est chargée par les Parties agissant d'un commun accord. Avec l'assentiment des Parties et par dérogation à l'article 7, alinéa 1er, les membres de la Délégation ayant pris part à l'enquête peuvent siéger comme juges, si le litige est soumis à l'arbitrage de la Cour ou de la Délégation elle-même.

Article 19

La Délégation est, en outre, compétente pour l'établissement du compromis visé par l'article 52 de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, si les Parties sont d'accord pour s'en remettre à la Cour.

Elle est également compétente, même si la demande est faite seulement par l'une des Parties, après qu'un accord diplomatique a été vainement essayé, quand il s'agit ;

1° D'un différend rentrant dans un traité d'arbitrage général conclu ou renouvelé après la mise en vigueur de cette Convention et qui prévoit pour chaque différend un compromis, et n'exclut pour l'établissement de ce dernier ni explicitement ni implicitement la compétence de la délégation. Toutefois, le recours à la Cour n'a pas lieu si l'autre Partie déclare qu'à son avis le différend n'appartient pas à la catégorie des questions à soumettre à un arbitrage obligatoire, à moins que le traité d'arbitrage ne confère au tribunal arbitral le pouvoir de décider cette question préalable.

2° D'un différend provenant de dettes contractuelles réclamées à une Puissance par une autre Puissance comme dues à ses nationaux, et pour la solution duquel l'offre d'arbitrage a été acceptée. Cette disposition n'est pas applicable si l'acceptation a été subordonnée à la condition que le compromis soit établi selon un autre mode.

Article 20

Chacune des Parties a le droit de désigner un juge de la Cour pour prendre part, avec voix délibérative, à l'examen de l'affaire soumise à la Délégation.

Si la Délégation fonctionne en qualité de Commission d'enquête, ce mandat peut être confié à des personnes prises en dehors des juges de la Cour. Les frais de déplacement et la rétribution à allouer auxdites personnes sont fixés et supportés par les Puissances qui les ont nommées.

Article 21

L'accès de la Cour de justice arbitrale, instituée par la présente Convention, n'est ouvert qu'aux Puissances Contractantes.

Article 22

La Cour de justice arbitrale suit les règles de procédure édictées par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, sauf ce qui est prescrit par la présente Convention.

Article 23

La Cour décide du choix de la langue dont elle fera usage, et des langues dont l'emploi sera autorisé devant elle.

Article 24

Le Bureau international sert d'intermédiaire pour toutes les communications à faire aux juges au cours de l'instruction prévue à l'article 63, alinéa 2, de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

Article 25

Pour toutes les notifications à faire, notamment aux Parties, aux témoins et aux experts, la Cour peut s'adresser directement au Gouvernement de la Puissance sur le territoire de laquelle la notification doit être effectuée. Il en est de même s'il s'agit de faire procéder à l'établissement de tout moyen de preuve.

Les requêtes adressées à cet effet ne peuvent être refusées que si la Puissance requise les juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité. S'il est donné suite à la requête, les frais ne comprennent que les dépenses d'exécution réellement effectuées.

La Cour a également la faculté de recourir à l'intermédiaire de la Puissance sur le territoire de laquelle elle a son siège.

Les notifications à faire aux Parties dans le lieu où siège la Cour peuvent être exécutées par le Bureau international.

Article 26

Les débats sont dirigés par le Président ou le Vice-Président et, en cas d'absence ou d'empêchement de l'un et de l'autre, par le plus ancien des juges présents.

Le juge nommé par une des Parties ne peut siéger comme Président.

Article 27

Les délibérations de la Cour ont lieu à huis clos et restent secrètes.

Toute décision est prise à la majorité des juges présents. Si la Cour siège en nombre pair et qu'il y ait partage des voix, la voix du dernier des juges, dans l'ordre de préséance établi d'après l'article 4, alinéa 1, ne sera pas comptée.

Article 28

Les arrêts de la Cour doivent être motivés. Ils mentionnent les noms des juges qui y ont participé ; ils sont signés par le Président et par le greffier.

Article 29

Chaque Partie supporte ses propres frais et une part égale des frais spéciaux de l'instance.

Article 30

Les dispositions des articles 21 à 29 sont appliquées par analogie dans la procédure devant la Délégation.

Lorsque le droit d'adjoindre un membre à la Délégation n'a été exercé que par une seule Partie, la voix du membre adjoint n'est pas comptée, s'il y a partage de voix.

Article 31

Les frais généraux de la Cour sont supportés par les Puissances Contractantes.

Le Conseil administratif s'adresse aux Puissances pour obtenir les fonds nécessaires au fonctionnement de la Cour.

Article 32

La Cour fait elle-même son règlement d'ordre intérieur, qui doit être communiqué aux Puissances Contractantes.

Après la ratification de la présente Convention, la Cour se

réunira aussitôt que possible, pour élaborer ce règlement, pour élire le Président et le Vice-Président, ainsi que pour désigner les membres de la Délégation.

ARTICLE 33

La Cour peut proposer des modifications à apporter aux dispositions de la présente Convention qui concernent la procédure. Ces propositions sont communiquées par l'intermédiaire du Gouvernement des Pays-Bas aux Puissances Contractantes qui se concerteront sur la suite à y donner.

TITRE III

Dispositions finales.

ARTICLE 34

La présente Convention sera ratifiée dans le plus bref délai possible.

Les ratifications seront déposées à la Haye.

Il sera dressé du dépôt de chaque ratification un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à toutes les puissances signataires.

ARTICLE 35

La Convention entrera en vigueur six mois après sa ratification.

Elle aura une durée de douze ans, et sera renouvelée tacitement de douze ans en douze ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins deux ans avant l'expiration de chaque période, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance aux autres Puissances.

La dénonciation ne produira effet qu'à l'égard de la Puissance qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire dans les rapports entre les autres Puissances.

7109 — IMP. DUBREUIL, FRÈREBEAU & CIE, 18, RUE CLAUZEL. - PARIS